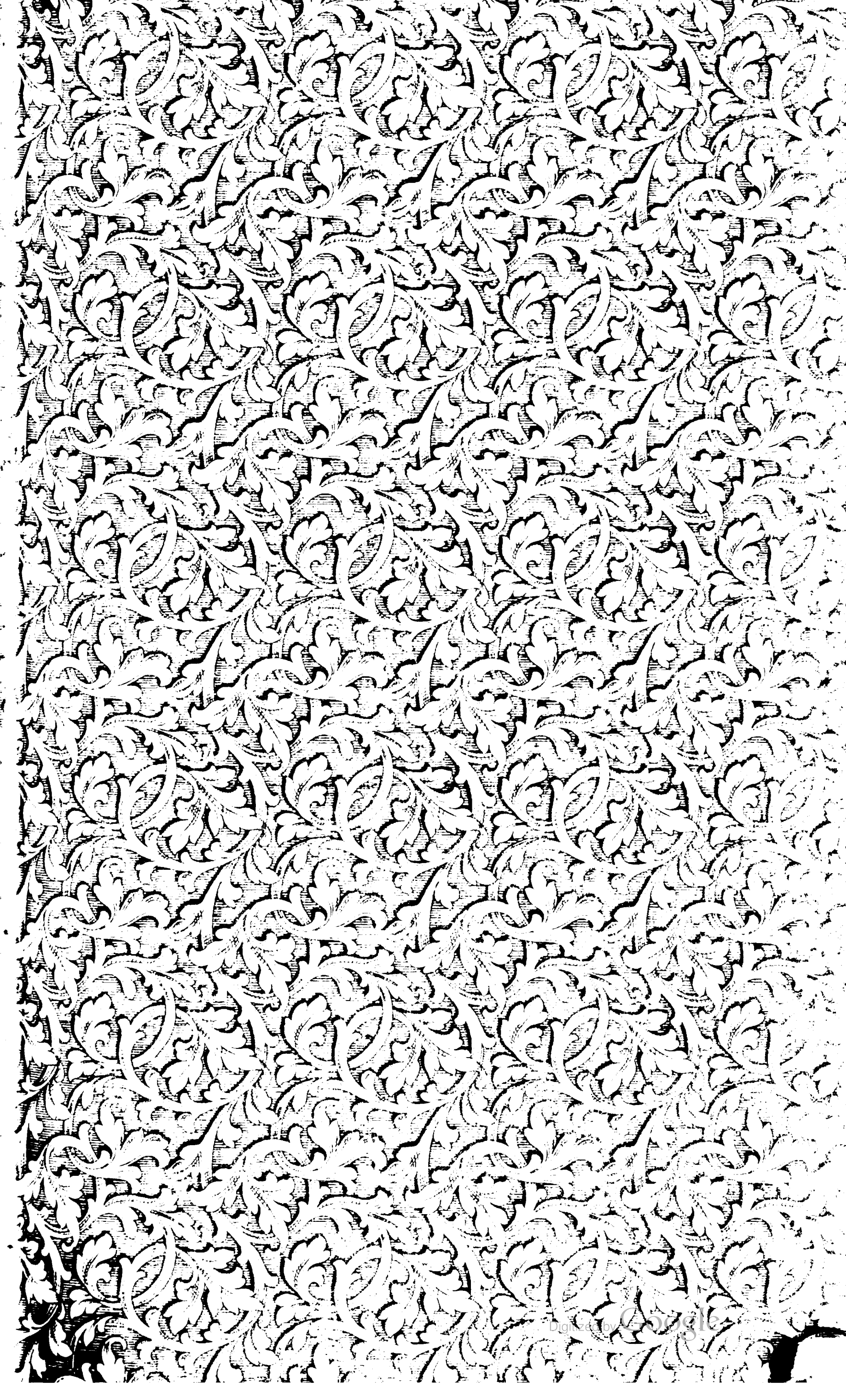



SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
ET
CHRISTO ECCLESIAE
VE
RI
TS



Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums
und des Advokatenstandes beim Rheinischen
Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Dreiundvierzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1848.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.
Sechsunddreißigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1848.

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Seite.
Abstands- und Alimentations-Vertrag. Theilung der Eltern unter die Kinder. Gütergemeinschaft. Sondergut . . . 229
Abstands- und Alimentations-Vertrag. Theilung der Eltern unter die Kinder. Zwischengeschobene Person. Bräutigam. 219
Anonyme Gesellschaft. Direction. Interessent. (Actien-Inhaber) Brandentschädigungs-Gelder. Vergleich. Bücher, Scripturen 162
Arrest. Liquidität der Forderung. Klage auf Rechnungslegung. Conservatorische Maßregel 74
Arrest auf Grund einer Präsidial-Ordonnanz. Entscheidung in der Hauptsache 252
Beholzungsrecht. Bauholz. Holz zum Bauen. Neubauten. Reparaturen. Zimmerholz, Schreinerholz 122
Belastende Schenkung. Rückbringen in natura. Theilung der Eltern unter die Kinder 233
Benachbarte Grundeigenthümer. Gegenseitige Rechte. Steinbruch. Steinsprengen. Eingriff in das benachbarte Eigenthum. Vorkehrungen dagegen. Schadenersatz 97
Bergbau. Entschädigung des Grundeigenthümers 95
Berufung des Garantieverklagten gegen den Hauptkläger. Kaufvertrag. Fensterrecht 203
Bürgerliches Gesetzbuch. Verehelichung ohne Vertrag. Spätere Abschließung eines Ehevertrags. Gemeines Recht. Cura sexus, Beistand der Frau. Grenzaufseher. Wohnsitz. Gültigkeit. Schenkung zum Vortheil des Mannes. Deren Convalescirung durch den Tod der Frau. Uebertragung der geschenkten Sache. 116
Causa, natürliche oder moralische Verbindlichkeit 22

Seite.
Cession. Schuldschein. Zweiseitiger Vertrag. Gegenleistung. Erfüllung. Beweis. Doppelte Ausfertigung. Correspondenz. Mandatar. Eideszuschiebung 4
Cession bedingter, nicht fälliger Forderungen. Signification. Arrestschlag. Eintragung der Beschlagnahmeverfügung . . 197
Cession. Falliment. Spätere Zustellung der Cession an die debitores cessi. Syndik 193
Die Actio Publiciana ist auch nach französ. Rechte zulässig . 159
Divisio parentum inter liberos. Form. Unterschrift. Handzeichen. Kaufvertrag. Alimentation. Kaufpreis. Vertheilung. Verletzung über ein Viertel. Ueberschreitung der verfügbaren Quote 165
Edict vom 27. Februar 1816. Kirchliche Ehe. Bürgerliche Gültigkeit derselben. Copulationsattest. Eintragung. Civilstandsregister 104
Ehefrau. Handelsgesellschaft. Austritt 252
Einfacher Bankerott. Unregelmäßige Buchführung. Concordat 17
Eisenbahnen. Expropriation. Besitz-Einweisung 35
Eisenbahnen. Expropriation. Entschädigungsverbindlichkeit. 143
Erbtheilung. Homologation. Rescissionsklage. Res judicata. Betrug. Irrthum. Auslassungen. 41
Ernennung eines Richtercommissars. Urtheil in öffentlicher Sitzung. Rathskammer 79
Gemeinschaft. Theilung. Gewährleistung. Privilegium. Immobilien. Gesellschafter 213
Gütergemeinschaft. Verkauf eines in die Ehe eingebrachten ideellen Guts-Antheils 157
Handelsgerichtliches Urtheil. Provisorische Vollstreckbarkeit. Cautionsleistung. Vorladungsfrist. Opposition. Nichtigkeit des Verfahrens. Competenz 210
Herzogthum Berg. Kirchenstuhl. Erwerbung. Verjährung . 28
Interlocut. Zulässigkeit des Zeugenbeweises. Acquiescement. Berufung 57
Katholische Privatstiftung. Verwaltung. Geistliche Stelle. Standesherr. Standesherrlicher Beamte. Regierungsrechte. Competenz 186
Kaufvertrag. Einrede der Nichterfüllung 200
Körperhaft. Gesellschaften 34
Kurkölnische Rechtsordnung. Immobilar-Errungenschaft. Erbfolge der Kinder verschiedener Ehen 136
Kurkölnisches Statut. Immobilar-Acquest. Rechte des überlebenden Ehegatten, resp. der Kinder 241

Seite.
Lagerplatz. Vermiethung. Transport-Unternehmung. Eisenbahngesellschaft. Handelsact. Competenz 1
Miethvertrag. Quittung. Novation 140
Minderjährige. Vertretung. Gegenvormund. Hauptvormund. Vertrag. Relative Unfähigkeit 154
Mobilien. Besitz. Vermuthung des Eigenthums. Miethforderung. Retention 172
Nichtigkeit eines Testamentes 110
Privatförster. Anstellung auf Lebenszeit. Auflösung eines solchen Vertrages 50
Res judicata. Einrede der verspäteten Lieferung, der fehlerhaften Beschaffenheit der Waare 261
Rückbehaltung des Kaufpreises. Auflösung des Kaufvertrages 195
Schornstein. Rauch. Nachbarliches Grundstück. Eigenthumsrecht. Servitut der Aufnahme des Rauches. Titel. Verjährung 181
Schuldbekenntniß. Verpflichtungsgrund. 133
Servitut. Art und Umfang der Ausübung. Verjährung . . 270
Servitut. Besitz. Beweislast 131
Spediteur. Waarenversendung. Mandat. Nützliche Geschäftsführung. Verantwortlichkeit 151
Steinbruch. Vertiefung desselben. Steinsprengungen. Nachbarliches Grundstück. Dessen Beeinträchtigung. Geschleuderte Steine. Einsturz 81
Steuer-Empfänger. Caution. Dritter. Hypothekbestellung. Defect. Regierungsbeschluß. Regreß. Bürge. Persönliche Gründe. Andere Empfänge. Schwachsinn. Collocation für denselben Regreß 255
Subhastation. Hypothekenauszug. Gläubiger. Exceptio de jure tertii 267
Subhastation. Nichtigkeit. Angabe des Miethers. 77
Sühne-Versuch. Ergänzungs-Friedensrichter. Stellvertretender Friedensrichter 169
Theilung der Eltern unter ihre Kinder. Uebernahme lebenslänglicher Leistungen bei Gelegenheit einer solchen Theilung 61
Theilungsklage. Altbergische Leibzucht 26
Uneheliches Kind. Freiwillige, erzwungene Anerkennung. Beweis der Mutterschaft. Geburtsurkunde. Beweiskraft derselben. Anfang eines schriftlichen Beweises 174
Verkauf. Bedingung. Kaufpreis. Nichtzahlung. Wiederversteigerung. Gefahr und Kosten. Zulässigkeit 112
Verzicht auf die Gütergemeinschaft. Inventar. Frist. Kenntniß von dem Tode des Ehemannes 89

Seite.
Vorbehaltserbe. Unbedingte Antretung der Erbschaft. Einrede der Ueberschreitung der disponibeln Quote 72
Waldnutzungsrechte. Gemeinde. Klage. Zuerkennung. Rückständige Leistungen. Berechtigtes Subject. Bauholz. Streu. Geldäquivalent. Pachtgelder. Berechtigte Gebäude. Aufforderung. Holzart 8
Wechsel. Protest. Formen. Frist. Ausnahmegesetz. Ausländer 149
Wechsel für Rechnung. Deckung 253
Zeuge. Reproche. Certifikat. Altland. Ständige Taxatoren. Schadensabschätzung. Beweis zum ewigen Gedächtnisse . . 264
Zeugenreprochen 240
Zeugenverhör. Gesuch um Eröffnungsordonnanz 92
Zeugenverhör. Reproche-Ursachen. Angestellte einer Eisenbahngesellschaft, Techniker in einer Maschinenfabrik. Serviteurs, domestiques. Bekundungen. Sachverständiges Urtheil. Zulässigkeit 190

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Seite.

Betrügerischer Bankerott. Unregelmäßige Führung der Handelsbücher. Betrügerische Absicht 58

Brodtaxe. Brodgewicht 41

Cassationsrecurs. Ungewißheit des Urtheils a quo. Unannehmbarkeit. Rechtsverletzung. Antrag des öffentl. Ministeriums. Requête civile. Cassationsinstanz. Einrede der Nichtberufbarkeit. Handelsschuld. Verurtheilung. Eheleute. Persönliche Haft. Handelsfrau 23

Disciplinar-Sache. Civil-Sache. Cassationsrecurs. Form. Unannehmbarkeit

I. Fall 79

II. Fall 80

Ehescheidung. Bestimmung des Wohnortes für die Ehefrau während der Dauer des Ehescheidungsprozesses 43

Feldhüter. Glaubwürdigkeit seines Protokolles über einen auf seinem Eigenthume verübten Frevel 77

Frachtführer. Verschulden desselben. Steuermann. Wahl desselben. Anwendbarkeit der Gesetze, wo der Vertrag zu Stande gekommen, die Contrahenten wohnen, der Unfall geschehen . 3

Geistliche. Amtsverbrechen. Beerdigung ohne vorherige Erlaubniß des Civilstandsbeamten. Authorisation zur Einleitung eines Strafverfahrens 95

Geistliche. Zuwiderhandlung gegen die den Civilstand betreffenden Vorschriften. Authorisation zur Einleitung eines Strafverfahrens 31

Gewerbeordnung. Polizeiliche Verordnungen über die Ausübung eines Gewerbes. Schlachten in der Wohnung der Metzger. Gebühr für die Benutzung des Schlachthauses 61

Hypothekarinscription. Erneuerung. Collocationsverfahren. Falliment

I. Fall 65

II. Fall 66

III. Fall 68

Seite.
Jülich-Bergisches Recht. Authentica si qua mulier. Schuldschein. Fallit. Causa illicita. Machtüberschreitung. Gütergemeinschaft. Abwesenheit des einen Ehegatten 49
Krebs- und Fisch-Fang. Jülich-bergische Polizei-Ordnung . . 63
Ladung vor den Cassationshof. Erscheinungsfrist. Unannehmbarkeit des Rekurses 46
I. Fall 47
II. Fall 48
Oeffentliches Ministerium. Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln in Strafsachen. Freisprechung wegen Mangels an Unterscheidungsvermögen. Verurtheilung in die Kosten . . 21
Rente (Hol-Rente. rente quérable.) Zweijähriger Rückstand. Verzug. Rückforderung des Kapitals 10
Res judicata. Antichretischer Vertrag. Clausel in Bezug auf das Recht des einfachen Verkaufs vor Notar bei mangelnder Rückzahlung der Pfandschuld zur bestimmten Zeit 35
Simultankirche. Benutzung derselben. Competenz 73
Subsidiäre Gefängnißstrafe bei Kindern. Haftbarkeit der Eltern für die den Kindern zu Last gelegten Kosten 33
Theilung der Eltern unter ihre Kinder. Lästige Verträge. Verträge über die Erbschaft eines Lebenden. Uebernahme lebenslänglicher Leistungen bei Gelegenheit einer solchen Theilung. 82
Unfreiwillige Tödtung. Schaden. Mildernde Umstände. . . 96
Verlesung schriftlicher Zeugenaussagen. Discretionaire Gewalt des Assisenpräsidenten. 88
Wiederholungsfall. Verbrechen. Nicht-Rheinisches Gericht . 93

B. Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Der Art. 1132 B. G. B. enthält eine Rechtsvermuthung dafür, daß ein Schein, worin sich der Aussteller für eine gewisse Summe schuldig erklärt, und solche zu zahlen verspricht, eine gültige Causa habe 14
Einfluß des Gesetzes über die Verhältnisse der Juden vom 23. Juli 1847 auf die Bestimmungen des sogenannten Judendecrets v. 17. März 1808 11
Gesetzgebung und Jurisprudenz über die Bestrafung der Holzdiebstähle seit dem Gesetze vom 7. Juni 1821 3
Handlungsfirma. Veräußerung 7
Ist zur Reduction der gesetzl. Generalhypothek, welche nach dem rheinischen Rechte der Ehefrau an den Immobilien des Ehemannes zusteht, die Genehmigung dieser Ehefrau erforderlich? 9

Erste Abtheilung.

Entscheidungen merkwürdiger, bei dem Rhein. Appellationshofe verhandelter Rechtsfälle.

Lagerplatz. — Vermiethung. — Transport-Unternehmung. — Eisenbahngesellschaft. — Handelsact. — Competenz.

Die Vermiethung eines Lagerplatzes an ihrem Bahnhofe von einer Eisenbahngesellschaft an einen Transport-Unternehmer ist ein zu der Competenz des Handelsgerichtes gehörendes commercielles Geschäft; besonders wenn dabei vorzüglich der höhere Ertrag der Bahn bezweckt worden. Art. 631 des H. G. B.

Köln-Mindener-Eisenbahngesellschaft — Franken.

Der Kohlenhändler Franken zu Düsseldorf gerieth mit der Direction der Köln-Mindener-Eisenbahngesellschaft über einen Lagerplatz in Streit, welchen diese ihm am Bahnhofe daselbst zufolge eines am 28. Januar 1847 abgeschlossenen Vertrages eingeräumt hatte. Die Gesellschaft behauptete nämlich, der wirklich eingeräumte Platz sey dem Franken bloß provisorisch abgetreten worden, der definitiv für ihn bestimmte sey ein anderer, den er indeß nicht annehmen wollte, weil der ihm übergebene Raum als der für ihn contractmäßig bestimmte eingeräumt worden sey. Da Franken aus diesem verdrängt worden war, so klagte er vor dem Kgl. Landgerichte zu Köln gegen die gedachte Direction auf dessen Gewährung und Schadenersatz.

Von der Verklagten wurde die Competenz des Civilgerichtes bestritten, indem der zwischen den Parteien über den Lagerraum geschlossene Vertrag kein eigentlicher Pachtvertrag, sondern nur ein solcher über ein nach der Quantität der transportirten Güter zu berechnendes Lagergeld darstelle, indem nicht der Raum, den die Gesellschaft hergebe, sondern die Quantität der transportirten Kohlen das Bestimmende und Bestimmte

im Vertrage seyen. Hiernach erscheine aber das Landgericht unbefugt, über dieses Geschäft, als ein rein commerzielles, zu entscheiden.

Der Kläger meinte dagegen, der Vertrag vom 28. Januar bleibe immer ein Miethvertrag über eine unbewegliche Sache, sey auch die Höhe der Miethe von der Quantität der darin niedergelegten Kohlen oder von dem geringern oder größern Gebrauch des Raumes abhängig gemacht. Eine solche Clausel habe die Gesellschaft solchen Miethern nur deshalb gestellt, damit den Transport-Unternehmern die Miethe am wohlfeilsten sey, welche der Eisenbahn am meisten zu thun geben. Ein Vertrag der vorliegenden Art gehöre also immer noch zu den civilrechtlichen Geschäften und zur Competenz der gewöhnlichen Gerichte, wenn er gleich zwischen Handelsleuten und zum Zwecke ihres Handels eingegangen worden.

Das Kgl. Landgericht hielt sich für competent, und erkannte in der Sache selbst gegen die Eisenbahngesellschaft, welche hiernach die Sache durch Berufung vor den Kgl. A. G. H. brachte, und hier die Einrede der Incompetenz wiederholte. Zur Bestreitung dieser Einrede machte der Appellat noch Folgendes geltend;

Der Art. 1709 definire den Miethvertrag dahin: un contrat, par lequel l'une des parties s'oblige a faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer. In dem Vertrage vom 28. Januar seyen alle hier aufgestellten Erfordernisse vorhanden, nur der Miethpreis abweichend von der gewöhnlichen Weise bestimmt. Es solle sich dieser nämlich nach der Höhe desjenigen Kohlenquantums richten, das Franken zwischen Duisburg und Düsseldorf in einem Jahre transportiren würde, so aber daß dasselbe nie unter 60000 Centner betragen dürfe und also immer das Minimum der Jahresmiethe sich auf 166 Thlr. 20 Sgr. herausstellen müsse. Die einzige Abweichung bestehe also eigentlich in dem möglichen Höhersteigen des Miethpreises, aber auch hiefür stehe der Maaßstab durch den Vertrag fest.

In Uebereinstimmung mit den Conclusionen des öffentl. Ministeriums erließ der Kgl. A. H. folgendes reformatorische

Erkenntniß:

J. E. daß die Appellantin nach dem Zwecke, den sie verfolgt, eine Unternehmung zum Transporte von Personen und

Waaren darstellt, also ein commerzielles Geschäft betreibt und der Appellat, wie nicht bestritten wird, ein Kaufmann ist;

Daß nach Vorschrift des Art. 631 des H. G. B. die Handelsgerichte über alle zwischen handeltreibenden Personen abgeschlossene Vereinbarungen zu erkennen haben, und die hiernach für die commerzielle Natur solcher Geschäfte streitende gesetzliche Vermuthung nur durch den Beweis des Gegentheils aufgehoben werden kann;

Daß nun zwar die Vermiethung eines Grundstückes, auch wenn der Vertrag unter Kaufleuten abgeschlossen worden, im Allgemeinen ein rein civilrechtliches Geschäft darstellt;

Daß aber im untergebenen Falle aus der ganzen Fassung des der Klage zum Grunde liegenden Vertrages, namentlich aus den Bedingungen desselben, daß für die Benutzung der anzuweisenden Niederlage kein bestimmtes Miethgeld, sondern eine nach Verhältniß der größern Quantität sich ermäßigende Entschädigung für jeden durch die Köln-Mindener-Bahn versendeten Centner Kohlen gezahlt werden, und daß der Appellantin die Wiedereinziehung des übertragenen Lagerraums zustehen solle, wenn nicht wenigstens 60000 Centner aus denselben binnen Jahresfrist durch die Eisenbahn versendet würden, klar hervorgeht, daß die Appellanten bei der Abschließung des erwähnten Vertrages nicht sowohl einen hohen Preis für die überlassene Benutzung der Niederlage, als vielmehr und ganz besonders die Förderung ihres commerziellen Interesses, nämlich Vermehrung der Ertragsfähigkeit der Eisenbahn bezweckte;

Daß die zur Rede stehende Uebertragung eines Lagerraums an den Appellaten daher in Ansehung der Appellantin unbedenklich ein Handelsgeschäft darstellt und auch mit der persönlichen Eigenschaft des Appellaten als Kaufmann und mit dessen Handel in Verbindung steht; dieses aber zur Begründung der durch den Art. 631 des H. G. B. bestimmten Competenz hinreicht, weil diese gesetzliche Bestimmung alle Contracte zwischen Kaufleuten umfaßt, welche mit ihrem Gewerbe in Verbindung stehen, und nur diejenigen Verpflichtungen hiervon auszuschließen sind, bei denen die persönliche Eigenschaft eines oder beider Contrahenten gar nicht in Betracht kommen kann, und welche auf deren Handelsgeschäfte keinen Bezug haben;

Daß demnach die Einrede der Incompetenz begründet erscheint.

Aus diesen Gründen
hebt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 29. Juli d. J. als competenzwidrig erlassen auf, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 1. Dezember 1847.
Advokaten: Compes — Wallraff.

Cession. — Schuldschein. — Zweiseitiger Vertrag. — Gegenleistung, Erfüllung. — Beweis. — Doppelte Ausfertigung. — Correspondenz. — Mandatar. — Eideszuschiebung.

Ein Schuldschein, dessen Verpflichtungsgrund aus einem zweiseitigen Rechtsgeschäfte hervorgeht, reicht zum Beweise des Klagegrundes nicht hin, wenn derselbe nicht zugleich das Bekenntniß enthält, daß die der Schuldsumme entsprechende Gegenleistung erfüllt worden sey. — Der Beweis eines synallagmatischen Vertrages über einen Gegenstand von mehr als 150 Franken, kann auch in Civilsachen durch die Correspondenz der Parteien geführt werden, und es leidet namentlich bei einem solchen in der Form des Briefwechsels abgemachten Geschäfte die Vorschrift des Art. 1325 des B. G. B. keine Anwendung.*) — In einem Rechtsstreite, der zwischen dem Mandatar und dem Dritten, mit welchem der Mandatar contrahirt hat, geführt wird, kann dem Letztern, wenn er sich nicht im Prozesse befindet, der Entscheidungseid nicht angetragen werden.

Art. 1325 des B. G. B. Art. 109 des H. G. B.

Hecker — Röttgen.

Der Kaufmann Hecker zu Köln belangte den Nagelschmidt Röttgen aus Mühlheim am Landgerichte zu Köln auf Zahlung von 500 Thlr. Die Klage war darauf gegründet, daß die

*) Vergleiche hierzu: Urtheil des französischen Cassationshofes vom 24. Frim. an 14. Rej. Sirey 7. 2. 923. 26. Januar 1842. Rej. Sirey 42. 1. 950. auch Merlin repert. V°. Double écrit. Nro. 11.

eingeklagte Summe den Cessions-Preis für eine Forderung darstelle, welche dem Beklagten Seitens des Klägers gegen einen gewissen Peter Kohnen übertragen worden sey.

Röttgen stellte das behauptete Cessions-Geschäft in Abrede. Zum Beweise desselben legte der Kläger einen Schuldschein vom 16. Juni 1841 vor, worin der ꝛc. Röttgen sich gegen den Uebertrag der Forderung an Kohnen, zur Zahlung der Summe von 500 Thlr. verpflichtete.

Röttgen bestritt die Beweiskraft dieses Scheins, weil er die Erwähnung der doppelten Ausfertigung nicht enthalte. Der Kläger behauptete dagegen, daß es dieser Erwähnung um deßwillen nicht bedurft habe, weil die vorgelegte Urkunde nur ein einfacher Schuldschein sey, bei welchem die darin angeführte Cession nur die Causa debendi ausdrücke.

Das Kgl. Landgericht wies, dem Antrage des Beklagten entsprechend, die Klage ab.

Hecker appellirte, reproduzirte seine frühern Gründe, und stellte zugleich auf, daß das dem Scheine zu Grunde liegende Cessions-Geschäft in der Form der Correspondenz zwischen den Parteien abgemacht worden sey, und daß es bei dieser Voraussetzung auf die Vorschrift des Art. 1325 des B. G. B. vorliegend gar nicht ankommen könne. Diese Behauptung stützte er in facto auf folgende nähere Angaben: Röttgen habe ihm zuvörderst brieflich angezeigt, daß er den X. X. beauftragt habe, das Geschäft mit ihm abzuschließen, und daß er alle Handlungen dieses seines Mandatars im Voraus genehmige. Der Abschluß der Cession habe darauf auch zwischen ihm und dem Mandatar X. X. Statt gefunden. Er, Hecker, habe nun in einem an Röttgen gerichteten Brief vom 16. Juni 1841 den Uebertrag der Forderung zu Gunsten des Letztern beurkundet, und ihm dieses Schreiben durch den bevollmächtigten X. X. zugehen lassen, wogegen der Letztere im Namen seines Mandanten den zur Begründung der Klage vorgelegten Schein ausgestellt habe. Für den Fall, daß diese Aufstellungen bestritten werden sollten, deferirte Hecker seinem Gegner sowohl, als dem Mandatar X. X. den Entscheidungseid über dieselben.

Röttgen beantwortete dieses neue Vorbringen des Appellanten verneinend, und behauptete in jure, daß solches irrelevant sey, weil in Civilsachen der Beweis über einen Verkauf

durch die bloße Correspondenz der Parteien nicht geliefert werden könne; jedenfalls aber müsse die Eidesdelation an den nicht im Prozeß befindlichen Mandatar für unzulässig erklärt werden.

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Schein vom 16. Juni 1841, welchen der Appellant in erster Instanz zur Begründung der Klage vorgelegt hat, eine förmliche Cession enthält, indem darin nicht blos das ihm zustehende Recht auf den Cessions-Preis, sondern auch die ihm obliegende Verbindlichkeit zur Uebertragung der Forderung an den Appellaten verbrieft ist;

Daß daher auch der erste Richter diesem Acte, insofern derselbe für sich allein zum Beweise eines zweiseitigen von keiner Seite erfüllten Geschäftes gebraucht wurde, auf Grund des Art. 1325 des B. G. B. mit Recht die volle Beweiskraft abgesprochen hat;

Daß der Appellant in dieser Instanz nun aber die Behauptung aufstellt:

> (Folgen nun die in facto oben angeführten Thatsachen, woraus hervorgehen soll, daß das Cessions-Geschäft in Form der Correspondenz zwischen den Parteien abgemacht worden, und heißt es sodann weiter):

J. E., daß die Cession als eine Art des Kaufes zwischen dem Cedenten und dem Cessionar durch die gegenseitige Einwilligung perfect wird, und daß namentlich zum Wesen dieses Rechtsgeschäftes eine besondere Form nicht erfordert wird, die Einwilligung daher durch jedes gesetzlich nicht verbotene Beweismittel dargethan werden kann;

J. E., daß zu diesen Beweismitteln unter allen Umständen auch das außergerichtliche Bekenntniß der Parteien gehört, der in einem Briefe enthaltene Consens zu einem Rechtsgeschäfte aber zu den schriftlichen Bekenntnissen offenbar gerechnet werden muß;

Daß folgeweise daher auch kein Zweifel darüber obwalten kann, daß die zu einer Cession erforderliche beiderseitige Einwilligung durch die Correspondenz der Parteien nachgewiesen werden könne;

Daß dieser Satz im römischen Rechte ausdrücklich aner-

kannt ist (l. 1. §. 2. D. de empt. vent. 18. 1.) und daß der Art. 109 des H. G. B., insofern es darin heißt, daß der Kauf auch durch die Correspondenz der Parteien bewiesen werden könne, nur eine Anwendung jenes Satzes enthält.

J. E., daß die Vorschrift des Art. 1325 des B. G. B. diesen allgemeinen Principien gegenüber sich nur als eine Ausnahme von der Regel darstellt, welche auf den speziellen Fall beschränkt werden muß;

Daß dieser Artikel nun aber, indem er von Acten unter Privatunterschrift spricht, offenbar nur solche Urkunden vor Augen hat, welche absichtlich zum Beweise über ein gethätigtes Rechtsgeschäft aufgenommen, und von den anwesenden Parteien sofort unterschrieben worden, zu diesen Urkunden aber Briefe, welche ihrer Natur nach nur einseitige Erklärungen enthalten, nicht gerechnet werden können;

Daß die Richtigkeit dieser Ansicht auch aus dem Art. 109 des H. G. B. hervorgeht, indem dort neben den Acten unter Privatunterschrift, wodurch der Kauf bewiesen werden könne, die Correspondenz der Parteien besonders hervorgehoben wird;

Daß endlich auch eine andere Auslegung des fraglichen Artikels den Abschluß von Kaufgeschäften zwischen abwesenden Personen, wenn nicht unmöglich, doch höchst beschwerlich machen würde, eine solche Erschwerung des Verkehrs aber dem Gesetzgeber ohne Noth nicht zugetraut werden darf, vielmehr angenommen werden muß, daß der Art. 1325 auf brieflich abgemachte Geschäfte keine Anwendung finde;

J. E., daß die in dieser Instanz gemachten Aufstellungen des Appellanten daher allerdings für relevant zu achten sind, und es sohin, da solche vom Appellanten in Abrede gestellt werden, auf den Beweis derselben ankömmt;

J. E., daß der Appellant sich zur Erbringung des Beweises der Eidesdelation, sowohl an den Mandatar X. X., als auch an den Appellaten selbst bedient hat;

Daß der dem Mandatar X. X. zugeschobene Eid unzulässig erscheint, da der Entscheidungseid nur den im Prozeß befindlichen Parteien deferirt werden kann, *) der Eid aber,

*) Die Praxis gestattet in einem solchen Falle gewöhnlich die Ladung des Mandatars zur Eidesleistung. Sie stützt sich darauf, daß Mandant und Mandatar juristisch als eine Person zu betrachten



soweit er dem Appellaten selbst zugeschoben wurde, für erheblich und zulässig zu achten ist.

Aus diesen Gründen

gibt der Kgl. A. H., indem er den dem X. X. zugeschobenen Eid als unzulässig verwirft, dem Appellaten Röttgen auf zu schwören: daß, nachdem er unter dem 14. Juni 1841 dem X. X. den Auftrag ertheilt hatte, mit den Appellanten wegen ihrer Forderung an Kohnen einen Vertrag abzuschließen, von X. X. ein Brief vom 16. Juni 1841 und eine Vollmacht vom nämlichen Tage (deren Inhalt folgt) nicht ausgehändigt worden sey, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 5. Dezember 1846.

Advokaten: Stupp — v. Hontheim.

Waldnutzungsrechte. — Gemeinde. — Klage. — Zuerkennung. — Rückständige Leistungen. — Berechtigtes Subject. — Bauholz. — Streu. — Geldäquivalent. — Pachtgelder. — Berechtigte Gebäude. — Aufforderung — Holzart.

Mit der Klage auf Anerkennung von Waldnutzungsrechten, ist die Forderung der verweigerten Nutzungen nothwendig nicht zu verbinden. — Wer durch Urtheil als Nutzungsberechtigter anerkannt worden, der ist auch qualifizirt zur Forderung der rückständigen Nutzungen; daher die Gemeinde auch zu der des Bauholzes, welches den Gemeinde-Mitgliedern verweigert worden. — Der Ersatz solchen Bauholzes kann von dem Waldeigenthümer in Geld verlangt werden; in gleicher Weise der Ersatz der von der Gemeinde zur Anschaffung von Streu, statt der deßfallsigen verwei-

sind, und daß man daher auch dem Dritten, mit welchem der Mandatar contrahirt habe, die Eidesdelation über Thatsachen nicht abschneiden könne, die zu Folge des Mandates so anzusehen wären, als seyen sie vom Mandanten selbst ausgegangen.

Die Frage ist übrigens auch im gemeinen deutschen Prozeß streitig.

Martin Prozeß §. 224, Note 1, und die dort angeführten Schriftsteller.

gerten Nutzung, bezahlten Pachtgelder. — Ist eine Berechtigung auf Bauholz einer Gemeinde als solche ohne Beschränkung zuerkannt worden, so erstreckt sich selbige auf alle zur Bewirthschaffung des Gemeinde-Territoriums dienlichen Gebäude. — Für das zur Zeit des Bedürfnisses von dem Waldeigenthümer nicht verlangte Bauholz kann später ein Aequivalent in Geld nicht beansprucht werden. Die bestrittene Klage auf Anerkennung eines solchen Nutzungsrechtes gilt jedoch als Aufforderung zur Leistung der während des Prozesses entstandenen Holzbedürfnisse. — Die für Reparaturen und Neubauten zu liefernden Holzarten richten sich nach den Umständen und den Gewohnheiten.

v. Harff — Gemeinden Anstois u. Cons.

Die Gemeinden Anstois, Borenscheid, Dieffenbach, Halbdreiborn, Ettelscheid, Herhahn, Halbmorsbach, Niersfeld, Olefund, Scheuren klagten im Jahre 1833 gegen die Erben v. Harff zu Dreiborn auf Anerkennung von verschiedenen Servituten auf den dortigen Waldungen der vormaligen Herrschaft Dreiborn. Durch Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 2. März 1837, bestätigt in zweiter Instanz am 27. Dezember 1838, wurden den Klägerinnen die Rechte zuerkannt, das zur Reparatur und zum Wiederaufbau ihrer Gebäulichkeiten erforderliche Bauholz gegen ein bloßes Anweisegeld aus diesen Waldungen zu beziehen; dann in denselben Streu zu mähen und das dürre Holz zu raffen, sowie auch Wildholz und Stöcke zu hauen.

In Vollziehung dieses Urtheils haben die Gemeinden der Familie v. Harff in der Folge eine Specification und Rechnung über das zu den Gebäuden der Gemeinde-Einwohner verwendete Holz aufgestellt, nach welcher der Werth desselben die Summe von 3565 Thlr. 26 Sgr. 1 Pfg. betragen soll. Nicht weniger berechneten selbige einen Betrag von 179 Thlr. 11 Sgr. 4 Pfg. für Streupacht, welche sie bezahlt hätten, den Eingesessenen Streu an die Stelle derjenigen zu verschaffen, welche ihnen von den v. Harff verweigert worden. Im Mai 1845 belangten die Gemeinden jene vor dem Kgl. Landgerichte

zu Aachen auf Bezahlung beider Beträge, unter Mittheilung der aufgestellten Rechnungen.

Ein Urtheil vom 5. Juni 1846 hat die Erben v. Harff nach Maßgabe der Klage verurtheilt, und dieses ist von ihnen durch Berufung angefochten worden.

Welche Einreden gegen die Klage, und resp. Beschwerden gegen das Urtheil erster Instanz die Appellanten erhoben, und was diesem und jenem von den Appellaten entgegengesetzt worden, ergiebt das nachstehende, in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums erlassene

Urtheil:

J. E., daß die Klage auf Anerkennung eines Nutzungsrechtes, mit der Klage auf Leistung der inzwischen verfallenen Nutzungen oder den Ersatz für Nichtgenuß, nicht nothwendig verbunden zu werden braucht, weil weder ein Gesetz noch die Natur der Sache diese Verbindung erheischen, — daß daher auch der Umstand, daß die Appellatinnen über das Bestehen des Nutzungsrechtes haben entscheiden lassen, ohne der selbstredend verfallenen und inzwischen verfallenden Nutzungen zu erwähnen, als ein stillschweigender Verzicht auf diese nicht betrachtet werden kann;

J. E., daß indem, über das Bestehen des Rechtes selbst geführten Haupt-Prozesse, die appellatischen Gemeinden als die zur Sache legitimirten Kläger, und, im Gegensatze gegen die einzelnen Einwohner, als die eigentlichen Träger des Rechtes anerkannt worden sind, — daß nun aber Gemeinden, denen das Nutzungsrecht zusteht, nothwendig auch zur Einforderung der aus demselben fließenden Nutzungen, für die Vergangenheit und Zukunft, wenigstens ebenso berechtigt seyn müssen, als die einzelnen Einwohner, welche den einzelnen Vortheil aus dem Nutzungsrechte zu genießen haben, und daß die Appellanten durch Befriedigung der appellatischen Gemeinden, sich jedenfalls auch den einzelnen Einwohnern gegenüber von einer etwaigen Schuld befreien können, — daß es sich daher nur fragt, ob das Nämliche bei den jetzt gefoderten Geldbeträgen der Fall ist?

J. E., daß diese Geldbeträge zwar „Entschädigung" genannt worden sind, — daß aber aus deren näheren Aufstellung in den Verzeichnissen ganz unzweifelhaft hervorgeht, daß unter dem Ausdrucke: „Entschädigung" hier nicht

der Ersatz des aus der längeren Versagung der Nutzungen den Gemeinden und deren Einwohnern etwa entstandenen Schadens im Allgemeinen verstanden worden ist, sondern:

1) in Betreff des Bauholzes nur der unmittelbare Geldwerth des angeblich seit etwa 20 Jahren nothwendig gewordenen und nicht gelieferten Bauholzes, und:

2) in Betreff des Streues, das für dasselbe gezahlte Pachtgeld;

Daß für das Bauholz mithin nur das hier einzig richtige, einer Seits lieferbare, und anderer Seits annehmbare, unmittelbare Aequivalent der angeblich entbehrten Nutzungen beansprucht wird, und daß für Streu zwar nicht dasselbe, aber statt dessen diejenige Summe gefodert ist, welche, ohne weitere Berechnung diesen Ersatz völlig ausdrückt, und auszudrücken auch ganz geeignet erscheint, in sofern die Appellatinnen, wie sie behaupten und zu erweisen erbieten, wirklich die fraglichen Pachtgelder aus den Gemeinde-Cassen und zwar für solche deshalb gepachteten Wald-Districte bezahlt haben, in welchen unentgeldlich Streu zu sammeln sie demnächst als berechtigt anerkannt worden sind; daß mithin beide Forderungen, der Forderung der verfallenen Nutzungen selbst, ganz gleich zu achten und das Recht der Geltendmachung derselben, den appellatischen Gemeinden nicht zu bestreiten ist;

J. E. was demnächst die Streu-Gerechtigkeit insbesondere betrifft, daß schon aus dem Obigen hervorgeht, daß der desfallsige Anspruch keine condictio indebiti darstellt, sondern, daß das gezahlte Pachtgeld nur als der entsprechende Werth der entbehrten Nutzung gefordert, und als solcher nach Zeit und Umfang nicht bestritten wird, — daß die Appellatinnen mithin zu den erwähnten, von ihnen angebotenen Beweisen zuzulassen sind;

J. E. was das Bauholz insbesondere angeht, daß hier die Zahl der Häuser und die Zeit für welche, sowie die Art und der Werth des Holzes, welches nothwendig gewesen, in Frage gestellt wird;

I. Bezüglich der Zahl der Häuser:

1) J. E., daß es nach dem Erkenntnisse vom 27. Dezember 38 keinem Zweifel unterliegen kann, daß das erforderliche Bauholz nur zur Ausbesserung und zum Wiederaufbau schon vorhandener Gebäude, nicht aber zum Bau solcher neuen

Gebäude in Anspruch genommen werden kann, welche nicht an die Stelle schon vorhanden gewesener treten; daß die Appellatinnen aber auch für Häuser letzter Art kein Bauholz fordern, und wenn in den von ihnen aufgestellten Verzeichnissen der Ausdruck: „Neubau" vorkommt, diesen an sich allerdings zweideutigen Ausdruck, dahin erklärt haben, daß sie unter „Neubau," im Gegensatz gegen Reparatur-Bau, nur den völligen Wiederaufbau früher bestandener, aber demnächst untergegangener Gebäude verstehen, — daß diese Erklärung nicht bloß dem gebrauchten Ausdrucke nicht widerspricht, sondern dadurch auch hinlängliche Unterstützung findet, daß in dem einen der Verzeichnisse die Colonne „Bemerkungen" vollkommenen Aufschluß darüber giebt, daß alle dort unter „Neubau" aufgeführten Bauten, den Wiederaufbau abgebrannter oder eingefallener Häuser darstellen sollen, — daß für die Appellanten ein Mißverständniß daher kaum möglich und es ihre Sache gewesen wäre, sich sofort darüber zu erklären, wenn sie behaupten, daß unter den sogenannten Neubauten sich welche befinden, welche nicht zum Wiederaufbau gerechnet werden könnten, — daß dieses nunmehr nachzuholen und demnächst event. erst den Appellatinnen zugemuthet werden kann, Beweise zu übernehmen;

2) J. E., daß die Appellanten aber außerdem nur denjenigen Häusern Bauholz zum Reparatur- und Wiederaufbau zugestehen, welche schon 1774 vorhanden gewesen sind; daß in dem geführten Hauptprozesse jenes Recht jedoch nicht auf den Grund 30jähriger, bis 1804 vollendeter, Verjährung, welches möglicher Weise allein zu jener Aufstellung Veranlassung geben könnte, zuerkannt worden ist, sondern auf Grund unvordenklichen Besitzes vor 1804; daß beide Rechtsgründe wesentlich von einander verschieden sind; — daß die 30jährige Verjährung die wirkliche Veränderung eines früheren Rechtszustandes und eine wahre Erweiterung des Vermögens bewirkt, sowie vermöge ihrer Einschließung in einen bestimmten Zeitraum, eine Zurückrechnung auf ein bestimmtes Jahr wenigstens möglich macht; — daß dagegen der unvordenkliche Besitz, ohne sich auf ein bestimmtes Jahr zurückführen zu lassen, die Vermuthung in sich schließt, daß in einer längst vergangenen Zeit ein Recht durch einen wirklichen, vorhanden gewesenen, und nur in Vergessenheit gerathenen Erwerbungs-Grund entstanden sey; — daß bei dem hier allein in Be-

tracht kommenden unvordenklichen Besitze daher nicht danach zu fragen ist, wie der Zustand der Gemeinden war, als sie das Nutzungs-Recht erwarben, sondern nur danach, in welchem Umfange dieser Besitz während unvordenklicher Zeit bestanden haben; — daß derselbe untergebens den Gemeinden als solchen, und ohne Beschränkung auf bestimmte Feuerstellen zuerkannt worden ist; — daß daher hier ebenso, als wenn ein den Gemeinden ohne besondere Beschränkung verliehener Titel wirklich vorläge, auch allen zu den Gemeinde-Verbänden gehörigen, zur landwirthschaftlichen Benutzung der Gemeinde-Territorien und der innern Einrichtung der Gemeinden selbst dienlichen Gebäude das Recht, das erforderliche Holz zum Reparatur- und Wiederaufbau zu fordern zusteht, und von dem Ausschluß solcher Gebäude um deshalb, weil sie in irgend einem bestimmten Jahre nicht vorhanden gewesen, keine Rede seyn kann;

II. Bezüglich der Zeit.

1) J. E., daß der Streit darüber: ob die jetzt gemachten Bauholz-Forderungen aus den beiläufig 20 letzten Jahren jedenfalls nur in sofern Berücksichtigung verdienten, als sie zur Zeit der Entstehung des Bedürfnisses von den einzelnen Einwohnern der appellatischen Gemeinden geltend gemacht, und von den Appellanten verweigert worden wären, in Betreff derjenigen Forderungen, für welche das Bedürfniß während der Dauer des Haupt-Prozesses entstanden ist, ohne alle Bedeutung erscheint, weil jedenfalls einer Seits die Hauptklage als die Anforderung, und anderer Seits die verneinende Einlassung in die Klage als die Weigerung angesehen werden muß;

J. E., daß es daher in dieser Beziehung nur auf diejenigen Forderungen ankommt, welche entweder durch ein vor der Hauptklage, oder nach Beendigung des Hauptprozesses entstandenes Bedürfniß begründet werden sollen; — daß abgesehen von dem bezogenen Art. 1139 des B. G. B., der jülich-bergischen Forst-Ordnung und einem ferner erbotenen Beweise, es als in der Natur des hier vorliegenden Nutzungs-Rechtes begründet anerkannt werden muß, und mit dem bekundeten Herkommen vollkommen übereinstimmt, daß die Verpflichteten nur dann, und zwar in natura zu liefern brauchen, wenn sie in Folge eines wirklich eingetretenen, zu prüfenden und festzustellenden Bedürfnisses, darum angegangen

werden, — daß daher, wenn blos deshalb nicht mehr geliefert seyn möchte, weil nicht gefordert ist, durch ein solches Verfahren der Berechtigten die Verpflichteten nicht in eine schlimmere Lage gebracht und gezwungen werden könnten, statt des vielleicht zur Zeit des Bedürfnisses überflüssig vorhandenen und unweigerlich zugebilligten Holzes, nunmehr ein Aequivalent in Geld zu zahlen; — daß daher die jetzt verlangte Zahlung dieses Aequivalentes eine Anforderung bei den Verpflichteten zur Zeit der Entstehung des Bedürfnisses und eine Weigerung der Verpflichteten allerdings voraussetzt, — daß aber nicht nothwendig grade jedes einzelne, den jetzigen Forderungen zum Grunde liegende Bauholz-Bedürfniß angemeldet zu seyn braucht, — daß es vielmehr genügt im Allgemeinen den Zeitpunkt vor Einleitung des Hauptprozesses zu ermitteln, wo mehrseitige Anmeldungen erfolgt, und diese um deshalb von den Verpflichteten nicht berücksichtigt worden sind, weil sie den einzelnen, sich deshalb meldenden Einwohnern der berechtigten Gemeinden das Recht auf Bauholz in dem angegebenen Umfange der Gerechtsame bestritten haben;

J. E. daß die Verzeichnisse der Forderungen in der Colonne „Bemerkungen" vollkommen Aufschluß darüber geben: in welchem Jahre (nach Aufstellung der Appellatinnen) das Bauholz-Bedürfniß entstanden und durch anderweitige Anschaffungen befriedigt, und ob dasselbe zur Zeit angemeldet seyn soll, oder nicht, — daß daher die Appellanten, wenn sie trotz des durchgeführten Hauptprozesses behaupten, daß sie während der ganzen in Betracht kommenden etwa 20 letzten Jahre einzelne Anforderungen befriedigt hätten, vor allen Dingen verpflichtet waren, diejenigen der in dem Verzeichnisse, nach Nro. und Besitzer, gehörig kenntlich gemachten Häuser anzugeben, für welche eine Anforderung zur Zeit nicht stattgefunden, oder wo sie zwar stattgefunden, aber auch befriedigt worden seyn soll, und daß bevor dieses nicht geschehen, der sonst den Appellatinnen nach Obigem aufzulegende Beweis, ihnen nicht zugemuthet werden kann;

III. Bezüglich der Art des Holzes.

J. E. daß den Appellaten nur im Allgemeinen das erforderliche Bauholz, ohne nähere Angabe der Art des Holzes zuerkannt worden ist, — daß zwar in den älteren, der Entstehung des fraglichen Rechtes näher liegenden Zeiten, haupt-

sächlich wohl nur mit Eichenholz gebaut seyn mag, — daß indessen neben dem Eichenholz, zu leichteren Bautheilen, an sich genommen, auch leichtere Holzarten verwendet werden können, und daß die Frage, ob dieses statt finden soll, sich nur nach Umständen und Gewohnheit entscheiden läßt, — daß die Appellatinnen indessen nur Eichenholz in Anrechnung gebracht, und gegen das, durch die Appellanten namentlich zum Bau der oberen Stockwerke in Betracht gezogene Fichtenholz um deswillen Einspruch erhoben haben, weil es weder ortsgebräuchlich sey, theilweise mit Fichtenholz zu bauen, noch zum Bauen an sich geeignetes Fichtenholz in den betreffenden Waldungen vorhanden wäre, — daß mithin der von den Appellanten deshalb event. erbotene doppelte Beweis zulässig und erheblich erscheint; — daß derselbe jedoch für den Fall der Erbringung nur dann seine ganze Anwendbarkeit finden kann, wenn die Appellatinnen näher angeben, ob das von ihnen in Rechnung gebrachte Holz zu den Wohnungen, Scheunen, oder Ställen rc. rc. — und ob es in den oberen oder unteren Stockwerken, oder in der Bedachung dieser Gebäude nothwendig und verwendet worden ist, und zu welchen Bautheilen;

IV. Bezüglich des Werthes des Holzes.

J. E. daß den Appellanten nicht ohne Weiteres obliegen kann, sich auf den in Anrechnung gebrachten Durchschnittspreis von 8 Sgr. für den Kubik-Fuß Holz einzulassen, — daß dieselben sich vielmehr mit Recht auf die Verschiedenheit der Holzpreise während der hier in Betracht kommenden letzten 20 Jahre beziehen, und, falls sie den Beweis in Betracht des Fichtenholzes erbringen möchten, auch noch auf die Verschiedenheit der Holzarten beziehen dürfen, mithin die Appellatinnen vor Allem hier eine genauere Berechnung nach der Zeit des Gebrauchs und nach der Art des Holzes aufzustellen haben;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. schon jetzt die gegen das Urtheil des Kgl. L. G. zu Aachen vom 5. Juni 1846 eingelegte Berufung in so weit, als jenes Urtheil die Klage für zulässig erachtet, und sämmtliche auf den Territorien der appellatischen Gemeinden befindlichen, zur landwirthschaftlichen Benutzung dieser Territorien und zu deren inneren

Einrichtung dienlichen Gebäude geeignet befunden hat, bei der vorliegenden Ersatzklage mit in Berücksichtigung gezogen zu werden, wenn bei denselben ein Bedürfniß an Bauholz zu Reparaturen und zum Wiederaufbau entstanden, solches seiner Zeit geltend gemacht und wegen angeblicher Nichtberechtigung von den Appellanten abgewiesen worden ist, oder wegen Führung des Hauptprozesses, oder früheren Abweisungen, als solcher Gestalt angemeldet und abgewiesen, betrachtet werden muß; —

giebt, ehe er weiter zu Recht erkennt:

I. den Appellanten auf

1) den Appellatinnen darüber ihre spezielle Erklärungen mitzutheilen:

a) welche, unter der Rubrik: Neubauten in den Verzeichnissen aufgeführten Häuser, von ihnen als solche bezeichnet werden, bei denen nicht bloß ein Wiederaufbau an Stelle schon vorhandener Statt gefunden habe,

b) für welche, von den in den Verzeichnissen aufgeführten Häusern, zum Reparatur- oder Wiederaufbau vor und nach dem Hauptprozesse keine Anforderungen an Bauholz gemacht, oder überhaupt welche Anforderungen befriedigt worden sind.

2) durch jedes rechtliche Mittel, und auch durch Zeugen und Sachverständige zu beweisen

a) daß es in den appellatischen Gemeinden üblich gewesen sey, theilweise und namentlich in den oberen Stockwerken der Gebäude auch mit Fichtenholz zu bauen;

b) daß in den belasteten Waldungen Fichtenholz gewachsen ist, welches wenigstens seit den letzten 20 Jahren zur Verwendung zum Bauen geeignet war.

II. giebt den Appellatinnen auf:

1) den Appellanten darüber ihre spezielle Erklärung mitzutheilen:

a) ob das für die einzelnen Häuser in Anrechnung gebrachte Bauholz zu Wohnungen, Stallungen, Scheunen ꝛc. ꝛc. und ob es in den unteren oder oberen Stockwerken, beziehungsweise zur Bedachung

und zu welchen Bautheilen nothwendig gewesen und verwendet worden ist;

b) wie hoch der Werth des nach der spezielleren Bezeichnung ad a) zu verwenden gewesenen Bauholzes mit Berücksichtigung der Holzpreise in den einzelnen Jahren der Verwendung und event. zugleich wenn die leichteren Bautheile von Fichtenholz ausgeführt worden wären, veranschlagt werde;

2) durch jedes gesetzliche Mittel und auch durch Zeugen zu beweisen:

a) daß die mit 179 Thlr. 11 Sgr. 4 Pfg. in Anrechnung gebrachte Streupacht aus der betreffenden Gemeindekasse bezahlt worden, und

b) daß die zum Grunde liegenden Pachtverträge sich auf solche Wald-Districte beziehen, in welchen unentgeldlich Streu zu sammeln, nach dem Urtheile vom 27. Dezember 1838 den Appellatinnen das Recht zusteht;

u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 4. Juni 1847.

Advokaten: Müller, v. Hontheim — Stupp.

Einfacher Bankerott. — Unregelmäßige Buchführung. — Concordat.

Die Verurtheilung des Falliten wegen einfachen Bankerotts ist an sich kein Grund zur Verweigerung des Concordats. Auch die von dem Art. 587 des H. G. B. verpönten Handlungen des Kaufmannes sind einzeln und zusammen nicht geeignet ein übles Benehmen, das eine solche Weigerung begründen könnte, darzustellen.*)

Art. 521, 526, 575 und 613 des H. G. B.

*) Der 2. Senat des A. G. H. hat am 17. Oktober 1830, Arch. Bd. 15. 1. 51, im Sinne des unten angeführten Antrags des öffentl. Ministeriums erkannt. Dasselbe hat der erste Senat im Urtheil vom 20. April 1846, Arch. Bd. 40 gethan. — Von französischen Gerichtshöfen haben im entgegengesetzten Sinne entschieden, der von Paris und der von Rouen, Sirey 19. 2. 198. — 36.

Lingens — Habes.

Der Kaufmann Egidius Lingens zu Aachen fallirte und schloß später mit seinen Creditoren am 8. April 1846 ein Concordat gegen eine Dividende von 10%, nachdem er durch Urtheil des Landgerichtes daselbst wegen einfachen Bankerotts zu einer einmonatlichen Gefängnißstrafe rechtskräftig verurtheilt worden war. Diese Verurtheilung stützt sich mit Bezug auf den Art. 587 des H. G. B. auf die Thatsachen, daß derselbe die im Art. 440 l. c. vorgeschriebene Erklärung auf der Gerichtsschreiberei des Handelsgerichtes unterlassen, daß er sich von seinem Wohnort entfernt und sich dem Agenten und Syndike nicht dargestellt und so unregelmäßig seine Bücher geführt habe, daß daraus seine Vermögenslage nicht zu entnehmen gewesen.

Als das Concordat dem dortigen Handelsgerichte zur Bestätigung vorgelegt wurde, verweigerte dieses selbige durch seinen Beschluß vom 9. Juli näml. J. aus 4 Gründen; 1) weil der Fallit wegen einfachen Bankerotts bestraft worden, 2) nur ein sehr geringes Activum vorhanden sey, 3) Fallit seine Verluste nicht nachgewiesen, welche 4) hauptsächlich seinen leichtfertigen und höchst unregelmäßigen Wechselgeschäften zuzuschreiben.

Von diesem Beschlusse ergriff Lingens Berufung gegen den Syndik der Fallitmasse, den Kaufmann Habes, und mittelst Requete vom 14. April 1847 intervenirten 13 Gläubiger des Appellanten, welche sich dessen Antrag auf Abänderung der Entscheidung des Handelsgerichtes und Bestätigung des Concordats anschlossen. Der appellatische Syndik stellte die Entscheidung der Weisheit des Hofes anheim. Sowohl die Intervention als die Nachgiebigkeit des Appellaten findet ihren Grund in der Unbedeutenheit der Masse, welche durch die Kosten der Liquidation gänzlich absorbirt werden würde.

2, 251; jedoch war in dem zweiten Falle eine Verurtheilung wegen einfachen Bankerotts nicht erfolgt. — Der Hof zu Orleans nahm dagegen am 17. Mai 1836 an, daß der wegen unregelmäßiger Führung seiner Bücher verurtheilte Fallite zu einem Concordat nicht zugelassen werden könne, und den Recurs gegen dieses Urtheil verwarf der Cass. Hof am 31. Januar 1837. Sirey 36. 2. 405. — 37. 1. 100.

Zur Rechtfertigung der Berufung wurde vorzüglich angeführt: die Verurtheilung wegen einfachen Bankerotts stehe der Bestätigung des Concordats nicht entgegen, wie der Art. 613 des H. G. B. darthue. Der Art 526 daselbst stelle zwei Gründe auf, nämlich Betrug und schlechtes Benehmen, die allein die Verweigerung der Bestätigung des Concordats zu rechtfertigen vermöchten. Der einfache Bankerott sey aber noch kein schlechtes Benehmen im Sinne des Gesetzes; vielmehr habe letzteres ausdrücklich auch den wegen solchen Verurtheilten im Art. 613 zur Rehabilitation zugelassen. Zudem werde durch die Art. 575 des H. G. B. und Art. 905 der B. P. O. von der Güterabtretung nur der betrügerische Bankerotier ausgeschlossen, und sonach stillschweigend der einfache zugelassen.

Subsidiarisch erbot sich der Appellant, die Veranlassungen seines Defektes, worüber das Nähere artikulirt wurde, gehörig nachzuweisen.

Ungeachtet der anscheinlichen Vereinigung der Parteien, trug das öffentl. Ministerium auf Verwerfung der Berufung an, weil es sich von einem die öffentliche Ordnung und das allgemeine Zutrauen berührenden Gegenstande handele, und führte zur Unterstützung seiner Ansicht Folgendes an:

Unbestreitbar ist nicht jeder wegen einfachen Bankerotts verurtheilte Kaufmann von der Wohlthat des Concordats und resp. der Rehabilitation ausgeschlossen, wie dieses der Art. 613 des H. G. B. deutlich ergibt. Dieser muß aber mit dem Art. 526 daselbst in Verbindung gesetzt, und dann die Frage erhoben werden, ob die Verurtheilung wegen solcher in den Art. 586 und 587 l. c. verpönten Handlungen erfolgt ist, welche im Sinne des Art. 526 als ein übles Benehmen zu halten sind. Selbstredend ist hier von dem Benehmen des Falliten die Rede, das ihn als Kaufmann charakterisirt und der Art ist, ihm das öffentliche Zutrauen zu nehmen, welches der rechtliche Kaufmann zur Sicherung des mit ihm in Handelsverbindungen tretenden Publikums nicht entbehren darf. Es zeigt dieses der Art. 526 näher und zugleich, daß alle faits d'inconduite zu den in den Art. 586 u. 587 mit Strafe bedrohten gehören, indem in Folge einer Weigerung, auch nur wegen üblen Benehmens, das Concordat zu bestätigen, eine officielle Denunciation eines

Bankerotts und die Nothwendigkeit für das öffentl. Ministerium eintritt, den Falliten zu verfolgen. Welche Handlungen die inconduite constituiren, kann an sich selbst und mit Bezug auf die Art. 8 u. flgd., Art. 521, 526, 586, 587, 605, 613 und 614 des H. G. B. nicht zweifelhaft seyn. Es sind solche, die ihm das öffentliche Zutrauen nehmen, und deshalb auch künftig eine Gefährdung des handelnden Publikums befürchten lassen. Zu diesen gehört aber ganz gewiß eine so unregelmäßige Buchführung, daß bei dem Ausbruche der Fallite aus derselben die wirkliche Vermögenslage des Falliten nicht zu entnehmen ist und namentlich daraus die Verluste nicht nachgewiesen werden können, welche die Veranlassung der Unzahlbarkeit seyn sollen; so daß es seinen Gläubigern unmöglich wird, die Wahrheit seiner Defekte zu beurtheilen und sich zu überzeugen, ob ihnen in der That das ganze noch übrig gegliebene Vermögen, ihr gemeinschaftliches Pfand, für welches das Gesetz den Falliten seinen Gläubigeru gegenüber als rechnungspflichtig betrachtet, gewährt werde. Eben weil nur das üble Benehmen zur Verweigerung des Concordats gesetzlich genügt, bedarf es nicht der gleichzeitigen Nachweise der betrüglichen Absicht einer dergleichen Buchführung. Das neue Fallit- und Bankerottgesetz Frankreichs vom 28. Mai 1838 gestattet im Art. 511 und 612 zwar die Abschließung des Concordats, wenngleich der Fallirte wegen einfachen Bankerotts verurtheilt worden ist; ganz im Geiste des ältern, und den Art. 526 des letztern näher ausführend, sagt aber der Art. 515 desselben: en cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou lorsque des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, paroiteront de nature à empêcher le concordat, le tribunal en réfusera l'homologation.

Will man indeß annehmen, der Art. 526 sey nicht so zu verstehen, daß die faits d'inconduite nur in den Art. 585 und 586 zu suchen, vielmehr jeder aus dem öffentlichen Interesse oder demjenigen der Creditoren hergenommene Grund die Weigerung des Concordats rechtfertigen könne, so wie es der Art. 515 des neuen Gesetzes ausdrücklich bestimmt; dann würden noch zwei andere Thatsachen für die Begründung des Beschlusses a quo entscheidend sprechen, die eine, daß der Fallit, unter Mißbrauch seines Credits, und ungeachtet

seiner eingetretenen Unzahlbarkeit, so lange fortgehandelt hat, bis sein Activum seinen Gläubigern nur eine ganz geringe Dividende gewährte; die andere, daß er, wie das Handelsgericht constatirt und demselben aus eigener Erfahrung bekannt seyn konnte, auch keineswegs widerlegt worden, höchst leichtfertige und unregelmäßige Wechselgeschäfte getrieben, welche hauptsächlich der Grund seiner Defekte geworden.

Urtheil:

J. E., daß Appellant zwar durch das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 24. Juni 1846 wegen einfachen Bankerotts zu einer einmonatlichen Gefängnißstrafe rechtskräftig verurtheilt worden ist;

Daß jedoch die Verurtheilung wegen einfachen Bankerotts allein nicht zu der Annahme einer solchen Inconduite auf Seiten des Falliten berechtigt, welche nach Art. 526 des H. G. B. denselben der Befugniß, ein Concordat mit seinen Gläubigern abzuschließen, verlustig machen würde, weil namentlich in den Fällen des einfachen Bankerotts, wie sie der Art. 587 ib. aufführt, nur einzelne Unterlassungen mit Strafe bedroht sind, welche die Handlungsweise des fallirten Kaufmannes im Uebrigen noch keineswegs als schlecht und verwerflich erscheinen lassen;

Daß es daher bei Bestimmung der Frage, ob ein dem fallirten Kaufmanne jene Befugniß entziehendes schlechtes Benehmen im Sinne des Art. 526 cit. anzunehmen sey, immer noch auf eine Prüfung der der ausgesprochenen Verurtheilung zum Grunde liegenden Thatsachen ankommen muß;

Daß diese Ansicht auch in den analogen Bestimmungen des Art 575 und 613 des H. G. B., wonach der einfache Bankerottirer von der Wohlthat der Vermögensabtretung nicht ausgeschlossen und sogar für fähig erklärt ist, rehabilitirt zu werden, — ihre hinreichende Bestätigung findet, wogegen die zur Widerlegung derselben in Bezug genommene Bestimmung des Art. 521 in Verbindung mit der Fassung des Art. 526 ib. um deßwillen nichts entscheiden kann, weil sie sich nur auf den Fall bezieht, wo eine Untersuchung noch nicht stattgefunden hat und wo die Ungewißheit des vorhandenen Zustandes von dem Falliten möglicherweise zur Erlangung von unverdienten Vortheilen benutzt werden könnte;

Daß nun das erwähnte correctionelle Urtheil vom 24. Juni 1846 ergibt, wie die Verurtheilung des Appellanten

wegen einfachen Bankerotts lediglich auf Grund derjenigen Unterlassungen erfolgt ist, welche der Art. 587 des H. G. B. zwar als strafbar bezeichnet, welche jedoch, weder einzeln, noch in ihrem Zusammenhange eine Inconduite des Appellanten im Sinne des Art. 526 cit. darzustellen um so weniger geeignet sind, als — wie in demselben Urtheil anerkannt wird, — die bisherige gute Führung des Appellanten und die mehreren Unglücksfälle und Verluste, welche ihn unverschuldet betroffen und sein Falliment mit herbeigeführt haben sollen, ihn einer milderen Berücksichtigung nicht unwerth gemacht haben;

J. E., daß auch die fernern in dem angegriffenen Beschlusse enthaltenen Gründe für die Versagung der nachgesuchten Bestätigung des Concordats, nämlich: der geringe Bestand des Activ-Vermögens und der unterbliebene Nachweis von bedeutenden Verlusten auf Seiten des Appellanten theils unerheblich, theils durch jenes Urtheil und durch die beigebrachten Bescheinigungen widerlegt erscheinen und eine weitere Untersuchung derselben um so mehr auf sich beruhen bleiben kann, als die bei weitem größere Anzahl der Gläubiger des Appellanten sich den Anträgen desselben interveniendo angeschlossen hat und Seitens des appellatischen Syndiks den Angaben des Appellanten überall ein Widerspruch nicht entgegengesetzt ist.

Aus diesen Gründen

ertheilt der Kgl. Rh. A. H. unter Reformation des Beschlusses des Kgl. H. G. zu Aachen vom 9. Juli 1846, — dem zwischen dem Appellanten und seinen Creditoren unterm 8. April 1846 abgeschlossenen Concordate die Bestätigung;
erklärt den Appellanten für rehabilitationsfähig, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 17. November 1847.

Advokaten: Wallraf, Lautz — Herbertz.

Causa, natürliche oder moralische Verbindlichkeit.

Beweggründe der Ehre, der Delicatesse und der Moral sind eine gültige Causa für eine einseitig übernommene Verbindlichkeit.*)

*) Vergl. Arch. 40. 1. 96. Toullier VI. Nro. 390. Duranton t. 10. Nro. 337. Sirey 14. 1. 85. — 32. 2. 315. — 32. 1. 383. — 33. 1. 535.

Konsbrück — Erben Simon.

Gegen Konsbrück wurden mehrere Häuser subhastirt, zu deren Erwerb und Ausbau der Notar Simon theils aus eignen Mitteln theils durch Dritte dem Konsbrück gegen Hypotheken Geld beschafft hatte. Simon wurde Ansteigerer, wie Konsbrück behauptet, nachdem er vorher versprochen, die Häuser zum Besten des Subhastaten und seiner Gläubiger weiter zu veräußern, den Mehrerlös herauszugeben und darüber Rechnung zu stellen. Später, nämlich am 4. Juni 1838 und 1. Juni 1844, stellte er zwei einseitige (in dem untenfolgenden Urtheile angeführte) Erklärungen aus, welche Konsbrück acceptirte, und auf deren Grund er die Rechnungsklage erhob. Die Erben des Verklagten behaupteten, das Versprechen beruhe auf einer bloßen Liberalität, sey sine causa gegeben, und wegen Mangels der für Schenkungen vorgeschriebenen Beurkundung nicht klagbar.

Das Kgl. L. G. zu Koblenz hielt diese Einrede für begründet, und wies durch Urtheil vom 29. April 1847 die Klage ab, weil die Erklärungen keinen Vertrag enthielten, aus welchem beiderseits Rechte und Pflichten entsprängen, weil Konsbrück kein Aequivalent geleistet, und sonst keine juristische Verbindlichkeit zu dem Versprechen bestanden habe, indem eine moralische Verpflichtung, als eine solche nicht anzusehen sey.

Konsbrück wies zur Rechtfertigung der Berufung auf die Stellung der Parteien vor der Subhastation hin, wonach er der Client und Schuldner des Simon gewesen, und Letzterer lange Zeit sogar die Häuser verwaltet habe, und führte aus, Simon habe eine moralische Verpflichtung gehabt, den Ruin des Subhastaten abzuwenden, und aus dem billigen Ankaufe keinen Vortheil zu ziehen, ein solcher Grund sey nach heutigem Rechte eine hinreichende Causa zur Gültigkeit und Klagbarkeit des Geschäftes; es genüge überhaupt, daß die Causa keine unerlaubte sey (Art. 1108).

Der Hof erkannte hierauf reformatorisch in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums wie folgt:

J. E., daß der verstorbene Notar Simon in den Koblenzer-Anzeigen vom 6. Juni 1838 eine Erklärung vom 4. dess. M. hat einrücken lassen, deren Eingang wörtlich also lautet:

Nachdem ich kürzlich bei der gegen den Maurermeister Konsbrück dahier stattgehabten Subhastation die demselben angehörig gewesenen 5 Häuser zu dem billigen Preise von 35000 Thlr. ersteigt hatte, habe ich an der Gerichtsstelle selbst erklärt, daß ich aus dieser Acquisition keinen persönlichen Vortheil ziehen, sondern den bei dem beabsichtigten Wiederverkauf desselben zu hoffenden Mehrerlös dem Konsbrück resp. dessen Gläubigern verrechnen würde;

Daß Simon in einer ferneren, durch das nämliche Tagesblatt veröffentlichten Anzeige vom 1. Juni 1844 wiederholt hat, er habe jene Erklärung, ohne dazu in irgend einer Weise verpflichtet zu seyn, bei Gelegenheit des Ankaufes abgegeben;

Daß aus dieser letzteren weniger bestimmten Bezeichnung des Zeitpunktes, zu welchem das fragliche Anerbieten gemacht wurde, nicht hervorgeht, daß dasselbe bereits vor dem Zuschlage stattgefunden habe, und daß, da zur Zeit keine anderweiten Beweise für diese Behauptung vorliegen, von der Unterstellung ausgegangen werden muß, daß das Anerbieten erst nach dem Zuschlage gemacht worden sey; daß dasselbe, obgleich von dem Appellanten gehörig acceptirt, wirkungslos seyn würde, wenn es einer causa in der That ermangelte; daß nun aber unbestrittenermaßen, und wie insbesondere aus der Erklärung vom 1. Juni 1844 hervorgeht, Simon es war, der dem Appellanten, um die Kosten der zu der Errichtung der Häuser erforderlichen ersten Arbeiten zu bestreiten, Vorschüsse gab, der die ferner nöthigen Gelder bei verschiedenen Personen negotiirte und, als Dritte keine Kapitalien mehr hergeben wollten, die zur Beendigung der Bauten noch erforderlichen Summen darlieh, der die Miethgelder einzog und sich überhaupt mit dem Unternehmen, soweit es sich um den Geldpunkt handelte, vielfach befaßte; daß wenn nun, nachdem alle 5 Häuser vollendet waren, die Subhastation derselben und der Zuschlag für einen, wie Simon selbst sagt, billigen Preis, den Appellanten um die Vortheile seines Unternehmens brachte, Simon, welcher um Schaden von sich abzuwenden, zum Ankaufe der Häuser genöthigt gewesen war, sich sehr wohl für moralisch verpflichtet erachten konnte, für seine Person sich mit der Abwendung des Schadens zu begnügen, nicht aber von seinen Geldkräften in

der Art Vortheil zu ziehen, daß er dem Manne, dem er bei dem Beginne des Unternehmens die Hand gereicht, dem er zu dessen Fortführung behülflich gewesen war, und zwar so weit dabei Notariatsgeschäfte vorkamen, zu seinem eigenen Vortheile, zuletzt die Früchte seiner Mühen und Arbeiten nehme; daß er, selbst wenn er mit Rücksicht auf die ihm bekannten sonstigen Umstände der Sache eine solche moralische Verpflichtung nicht annahm, sehr wohl davon ausgehen konnte, daß er es seiner Ehre, seiner amtlichen Stellung als Notar, selbst seinem wohlverstandenen eigenen Interesse schuldig sey, den Verdacht von sich fern zu halten, als sey er fähig, Unternehmungen mit Geldmitteln zu unterstützen, und später, die Verlegenheiten des fernere Geldmittel bedürfenden Unternehmers benutzend, sich die Vortheile allein zuzuwenden;

J. E., daß die Anzeigen vom 4. Juni 1838 und 1. Juni 1844 den Beweis liefern, daß Simon sich wirklich veranlaßt gesehen hat, sein Verfahren öffentlich zu rechtfertigen, und daß, wenn er zu diesem Zwecke sich auf das in Rede stehende Versprechen bezog, anzunehmen ist, daß er dasselbe aus Ehrenhaftigkeit der Gesinnung, oder aus Rücksicht auf seine äußere Ehre und seine amtliche Stellung, oder aus allen diesen Gründen zugleich abgegeben habe;

Daß aber in jeder dieser Voraussetzungen eine von dem Gesetze nicht mißbilligte causa vorhanden ist, obgleich dasjenige, was dem Versprechen zum Grunde liegt, abgesehen von demselben, nicht durch eine Klage erzwingbar gewesen wäre;

J. E., daß hiernach die von den Appellaten bestrittene rechtliche Verbindlichkeit zur Ablegung einer Rechnung allergings vorhanden ist, welcher durch die bloße Vorlegung einer Rechnung mit der Anforderung, daß Appellant sie ohne Weiteres als richtig annehme, nicht genügt wird; daß somit unter Abänderung des Urtheils a quo die Appellaten dem Klageantrage gemäß zu verurtheilen sind, die Rechnungslegung selbst jedoch in Gemäßheit des Art. 528 der B. P. O. in die erste Instanz zu verweisen ist; daß es selbstredend den Appellaten unbenommen bleibt, von den durch ihren Erblasser bereits gelegten Rechnungen, in soweit dieselben den gesetzlichen Erfordernissen entsprechen, Gebrauch zu machen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Koblenz vom 29. April 1847 und verurtheilt an

dessen Statt die Appellaten, dem Appellanten Rechnung zu stellen über den durch ihren Erblasser geschehenen Ankauf, die Benutzung und den Wiederverkauf der fünf in Koblenz gelegenen, dem Appellanten gehörig gewesenen Häuser und die daraus bezogenen resp. verausgabten Summen, und dem Appellanten resp. seinen von ihm zu benennenden gegenwärtigen Gläubigern diejenigen Summen nebst Zinsen vom 26. Januar 1847, als dem Tage der Klage, herauszuzahlen, welche nach der von dem Erblasser der Appellaten zu bewirkenden Befriedigung der damaligen Gläubiger des Appellanten, nämlich der Erben Mazza, der Wittwe Bachem, des rc. Teiche, des rc. Nelkens und des Erblassers der Appellaten selbst übrig geblieben sind, verweiset die Parteien zum Zwecke der Rechnungslegung und zur Entscheidung der hierüber etwa entstehenden Streitigkeiten vor das Kgl. L. G. zu Koblenz zurück, verurtheilt die Appellaten in die bisher aufgegangenen Kosten beider Instanzen, befiehlt die Rückgabe der Succumbenzgelder u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 10. Januar 1848.
Advokaten: Forst — v. Hontheim.

Theilungsklage. — Altbergische Leibzucht.

Der Ueberlebende aus einer unter dem bergischen Statut eingegangenen, unter der Herrschaft des B. G. B. aufgelösten Ehe hat eine Klage auf Theilung der ehelichen Errungenschaft mit Vorbehalt der Leibzucht in natura.

Tolle — Büscher.

Peter Tolle heirathete die Catharina Kohl unter der Herrschaft des bergischen Statuts und starb im Jahre 1832 mit Hinterlassung von 2 Kindern, gegen welche ihre Mutter, nunmehrige Ehefrau des Büscher, die Klage auf Theilung der Immobiliar-Acquesten ihrer ersten Ehe in 2 Theile mit der Last der ihr an der ihren Kindern anerfallenen Hälfte zustehenden Leibzucht erhob. Die Beklagten behaupteten, die Klage sey unstatthaft, weil der Superstes nach dem altbergischen Statut, welches hier zur Anwendung kommen müsse, die Theilung der Errungenschaft gegen seine Kinder nicht

verlangen könne; jedenfalls aber der Klägerin die Leibzucht an der den Beklagten gebührenden Hälfte nur dann zuzuerkennen sey, wenn die Natural-Theilbarkeit der Immobilien angenommen werden möchte. Im Falle der Licitation aber seyen die Immobilien frei von der Leibzucht zu versteigern, und müsse Klägerin sich mit den Zinsen des Kaufpreises begnügen.

Diese Einrede, welche die Klägerin bestritt, wurde vom Kgl. Landgerichte zu Köln verworfen, und es ward der Klage gemäß erkannt.

Die Beklagten ergriffen die Berufung von diesem Erkenntnisse, reproducirten im Wesentlichen die nämlichen Einreden, und stellten zur Begründung derselben hauptsächlich auf: Alle Rechtsverhältnisse zwischen dem Ueberlebenden und den erstehelichen Kindern müßten nach den die Stelle des Ehegatten vertretenden Statuten beurtheilt werden, mithin auch die Frage über die Zulässigkeit der Theilung. Die rechtlichen Interessen der Kinder würden aber offenbar alterirt und verletzt, wenn jetzt, was ehedem unter dem Statut nicht statthaft gewesen, die Grundstücke mit der lebenslänglichen Leibzucht beschwert licitirt werden sollten; indem dadurch dieselben für den Kauflustigen einer bedeutenden Entwerthung ausgesetzt seyn würden. Eventuell müsse die Klägerin sich statt der Leibzucht mit den Zinsen des Licitationspreises begnügen, weil sie die Theilung provocirt habe, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aber der Preis das Surrogat der Immobilien sey, und weil die Klägerin nur die Wahl gehabt, entweder die Immobilien ungetheilt lebenslänglich zu benutzen, oder alle Folgen eines Theilungsverfahrens, mithin auch den Grundsatz anzuerkennen, id quod surrogatur, naturam sapit ejus, cui surrogatum est.

Der A. G. H. hat die Berufung aus folgenden Gründen verworfen;

J. E., daß die von den Eheleuten Wilhelm Büscher und Catharina Kohl erhobene Klage auf Theilung der zwischen der Letztern und ihrem ersten Ehemanne Peter Tolle bestandenen ehelichen Gütergemeinschaft in der Verfügung des Art. 815 des B. G. B. ihre rechtliche Begründung findet; daß der Anwendung des bezogenen Artikels auf den vorliegenden Fall auch der Umstand nicht entgegensteht, daß nämlich die Ehe zwischen der Catharina Kohl und dem Peter Tolle unter der Herrschaft des jülich-bergischen Statuts geschlossen worden

ist, und daß daher die gegenseitigen Rechte und Ansprüche aus dieser Ehe zunächst nach den einschlägigen Bestimmungen dieses Statuts beurtheilt werden müssen; weil dem Rechte der Parteien in dieser Hinsicht durch die erhobene Theilungsklage in keiner Beziehung irgend ein Nachtheil erwachsen kann; daß insbesondere die nach dem bergischen Statut der Catharina Kohl an dem zu theilenden Vermögen zustehende Leibzucht der Zulässigkeit der angestellten Theilungsklage nicht im Wege steht, da dieselbe, so wie sie bisher an der ungetheilten Vermögens-Masse ausgeübt wurde, in derselben Weise auch später nach erfolgter Theilung an den getheilten Vermögensstücken wird geltend gemacht werden können;

Daß eben so auch das Verlangen der Appellanten, daß nämlich für den Fall der Licitation der zu theilenden Realitäten diese unter Beseitigung der an denselben der Ehefrau Büscher zustehenden Leibzucht erfolgen und diese Letztere dagegen auf den Genuß der Zinsen des Licitationspreises beschränkt werden möge, durch keine gesetzliche Bestimmung unterstützt wird; daß überhaupt kein gesetzliches Hinderniß obwaltet, das Eigenthum eines Grundstückes unter dem Vorbehalt der daran einem Dritten zustehenden Leibzucht zum Gegenstande eines Licitations-Verfahrens zu machen u. s. w.

Aus diesen Gründen

verwirft 2c.

I. Senat. Sitzung vom 22. November 1847.

Advokaten: Mauß — Hardung.

Herzogthum Berg. — Kirchenstuhl. — Erwerbung. — Verjährung.

Im Herzogthum Berg ist die Berechtigung auf einen Kirchenstuhl auch jetzt noch zulässig, in so fern sie auf einer Concession der Kirche beruht. — Aeltere Berechtigungen dieser Art sind nur durch Vorlegung des Erwerbtitels, in dessen Ermangelung nicht aber durch einen langjährigen Besitz zu begründen, da sie im Ursprunge sowohl persönlicher als dinglicher Natur seyn können.

Hamm — Kirche zu Lindlar.

Im Jahre 1823 kaufte der Gemeinde-Empfänger Hamm zu Lindlar einen angeblich im Chore der dortigen Pfarrkirche befindlichen Kirchenstuhl von Reiner Komp, der, wie im Kaufvertrage gesagt wird, zum Hause Eibach gehört habe und durch Johann Heinrich Dobener von dem Herrn von Seraing (dem Eigenthümer von Eibach) angekauft, von Dobener dem Wilhelm Komp übertragen worden, und von diesem auf den Verkäufer übergegangen sey. Eine notarielle, von Hamm acceptirte Erklärung des Dobener vom 21. Februar 1846 und das Testament des Wilhelm Komp zum Vortheil seines Bruders Reiner vom 12. April 1813 bestätigen die Angaben des bezogenen Vertrags, rücksichtlich des Uebergangs des etwaigen Rechtes auf einen Kirchenstuhl von Dobener auf Hamm; es fehlt aber der Erwerbtitel des Ersteren und ebenso derjenige zum Vortheil des Hauses Eibach, oder resp. des Herrn v. Seraing. Dieser Mangel soll indeß durch eine Entscheidung des ehemaligen Hofrathes zu Düsseldorf vom 6. Juli 1609 ersetzt werden, wodurch die Frau v. Seraing und Andere in dem Besitze ihrer Kirchenstühle in der Pfarrkirche zu Lindlar geschützt worden. Auch war durch diese Urkunden nicht dargethan, ob der von Hamm erworbene Kirchenstuhl ein erblicher oder dem Gute Eibach anklebiger gewesen; nach dem Kaufvertrage vom Jahre 1823 würde das Letztere anzunehmen seyn.

Durch eine Klage vom 9. Februar 1846 verlangt der Kirchenvorstand zu Lindlar von dem Gemeinde-Empfänger Hamm die Forträumung eines von ihm in der neuen Pfarrkirche zu seiner ausschließlichen Benutzung aufgestellten Kirchenstuhls, indem er ein desfallsiges Recht des Verklagten nicht anerkenne, und jedenfalls ein solches, wenn es überhaupt der Kirche gegenüber bestehen könne, durch rechtsgültige Titel nachzuweisen seyn würde.

Hamm stützt seine Befugniß auf die vorgedachten Documente, zugleich bemerkend, daß die Kirche im Jahre 1826 nicht ganz, sondern nur theilweise neu erbaut worden sey, dieses jedoch ohne Einfluß auf das bestehende Recht seyn müsse.

Subsidiarisch erbot er den Beweis, daß seine Rechtsvorgänger, unter diesen die Eheleute v. Seraing, als Besitzer des Hauses Eibach seit 30 Jahren, oder selbst seit unvordenklicher

Zeit vor Anstellung der Klage den gedachten Kirchenstuhl resp. die Berechtigung ununterbrochen im Besitze gehabt, resp. ausgeübt haben.

Seitens der Kirche wurde die Relevanz des Hofrathbescheides, wenn auch erwiesen würde, daß er sich auf den hier fraglichen Stuhl beziehe, um deßwillen bestritten, weil darin nur eine augenblickliche, mit Vorbehalt der Rechte der Kirche getroffene Verfügung zu finden; dann auch geltend gemacht, wie der Uebergang des Besitzes auf Dobener eben so wenig dargethan, als der Constitutiv-Titel für das Recht vorgelegt werde. Der angebotene Beweis eines 30jährigen Besitzes könne nicht zugestanden werden, weil dieser Besitz weder zu einem Miteigenthume an der Kirche, noch zu einer Servitut in derselben führe, das B. G. B. ein so singuläres Recht, wie das zu einem solchen Stuhle, nicht kenne, dafür also auch eine erwerbende Verjährung nicht statuirt habe. Um nach Einführung des B. G. B. im Großherzogthum Berg fortzubestehen, hätte daher die Verjährung, und zwar die 40jährige, vor derselben gegen die Kirche schon vollendet seyn müssen.

Durch Urtheil des Landgerichtes zu Köln vom 5. Januar 1847 wurde Hamm zur Forträumung des Kirchenstuhls verurtheilt. Die Urkunden, sagt dasselbe, sind ohne Mitwirkung der Kirche errichtet, der Beschluß des Hofraths hat der Letztern die Klage, welche sie jetzt angestellt, ausdrücklich vorbehalten. Nach bergischem Statutarrechte habe zwar ein solches Recht durch Verjährung erworben werden können, auch habe die französische Gesetzgebung im Großherzogthum Berg dergleichen bereits erworbene Rechte nicht aufgehoben. In dem für die dinglichen Rechte an fremden Sachen bestimmten Abschnitte des B. G. B. seyen jedoch besondere Vorschriften für derartige Rechte so wenig erlassen, als vorbehalten. Hiernach erscheine es als unstatthaft, unter der Herrschaft dieses Gesetzbuches für solche Berechtigungen die erwerbende Verjährung zuzulassen, da sie nicht zu den Realrechten gehören, rücksichtlich welcher dasselbe den Erwerb durch Verjährung gestattet habe. Im Einklange hiermit stehe das auf dem linken Rheinufer geltende Decret vom 30. December 1809 über die Kirchenfabriken, nach welchem der Erwerb von Kirchenstühlen nur durch Concessionen zulässig sey. So stelle sich der Beweis einer erst unter dem B. G. B. vollendeten Verjährung als unerheblich dar, eine vor Einführung desselben vollendete Verjährung sey aber nicht behauptet worden.

Berufung Seitens des Gemeinde-Empfängers Hamm, der in zweiter Instanz die nämlichen Mittel geltend machte und Beweise erbot, sowie auch die Appellatin sich auf die von ihr in erster Instanz vorgebrachten Gründe beschränkte.

Das öffentl. Ministerium trug auf Verwerfung der Berufung an, indem durch die producirten Urkunden der vertragsmäßige Erwerb der Berechtigung nicht nachgewiesen worden, eine vor Einführung des B. G. B. vollendete Verjährung nicht behauptet werde, und eine Verjährung seit 1810 schon desfalls nicht statthaft sey, weil der Appellant die Ersitzung eines in der Kirche vorhanden gewesenen, seiner Bestimmung nach von dem Kirchenvorstande à perpetuelle demeure dahingestellten, sonach mit Publication des Art. 524 des B. G. B. Bestandtheil des Kirchengebäudes selbst gewordenen und daher so wenig wie die Kirche selbst verjährbaren Stuhles behaupte. Nehme er die Stelle selbst für den Stuhl in Anspruch, so sey die Verjährung um so gewisser unstatthaft. *)

*) vid. bei Sirey, Cass. Urtheil vom 1. December 1823, 24. 1. 161; vom 9. April 1825, 27. 1. 89; vom 18. Juli 1838, 38. 1. 798; Urtheil des Hofes zu Limoges vom 22. August 1838, 39. 2. 154. Urtheil des Rh. A. H. vom 26. März 1841, Archiv 31. 1. 104. Noch ein anderer Grund, den Anspruch des Appellanten abzuweisen, möchte in der von ihm articulirten und in seiner Erwerburkunde vom Jahre 1823 begründeten Thatsache zu finden seyn. Es soll der Stuhl ein Appartinenz des Hauses Eibach und hoc titulo von den v. Geroing besessen worden seyn. Hat aber die Kirche bloß den Besitzern dieses Guts die Concession ertheilt, so konnte das Recht auf Nichtbesitzer nicht übertragen werden. Mit erblichen Kirchensitzen wurde es wohl anders gehalten, sie konnten auch auf Personen die zur Familie nicht gehörten, übertragen werden. Glück, Erläut. der Pand., B. 2. S. 483. Sic et subsellia aedibus adscripta ab illis separari et in alios a possessoribus transferri nequeunt, quia jus illud subselliorum possessoribus aedium istorum demum concessum. Böhmer, jus parochiale, p. 275 — daselbst p. 269, sagt er: Referuntur (subsellia) autem communiter ad bona immobilia civiliter talia, eo videlicet respectu, quatenus pars sunt rei immobilis, eique perpetuo ex destinatione cohaerent. Wenn derselbe dennoch annimmt, daß die Kirchenstühle in commercio seyen, so wird dieses doch nur auf den Nutzen bezogen, welchen die Kirche daraus ziehen kann, und derselben das Recht nicht weniger zugestanden, jede Uebertragung eines Stuhls an einen Dritten zu untersagen, welche sich nicht aus der ursprünglichen Concession rechtfertigt l. cit §§. 2, 4 und 5. Auch sagt Müller, Kirchen-Lexicon v. Kirchenstühle: „auch kann der Gebrauch gewisser Kirchenstühle nach besondern Rechtstiteln einer

Urtheil:

J. E., daß die Berechtigung auf einen ausschließlichen Stand und Stuhl in der Kirche im allgemeinen zulässig ist, weil bei Ausübung derselben die allgemeinen gesetzlichen Vorschriften über die Unveräußerlichkeit der Kirchen und ihrer Zubehör als einer dem Verkehr entzogenen Sache nicht verletzt werden, vielmehr dieselbe nur als ein Mittel zur Erreichung kirchlicher Zwecke, nämlich der Ausübung des Gottesdienstes erscheint, sofern sie innerhalb der nöthigen Schranken und unter Beaufsichtigung der vorgesetzten kirchlichen Behörden ausgeübt wird;

J. E., daß in dieser Weise und unter jener Beschränkung auch die kanonischen Rechte eine derartige Berechtigung als rechtsgültig anerkennen, und das auf dem linken Rheinufer publizirte kaiserl. Decret vom 30. December 1809, betreffend die Kirchenfabriken im §. 72 die Verleihung einer derartigen Berechtigung an die Mitglieder einer Familie, so lange dieselbe besteht, für zulässig erklärt;

J. E., daß nun aber ein solches Recht auf einem verschiedenartigen Ursprunge beruhen, und in verschiedenartiger Weise erworben seyn kann, als persönliches Recht und als Vorrecht des Kirchenpatrons und seiner Familie, oder als Entgeld für der Kirche geleistete Wohlthaten und demgemäß in dem

---

bestimmten Familie zustehen. Oft sind solche sogar erblich, welche jedoch nie veräußert werden können." — In den Synodal-Statuten des Erzbisthums Trier, vom 12. Februar 1678 §. 5 Nro. 4 finden sich über die Kirchenstüble folgende Bestimmungen: nulli sedes in templo vendant, sed sint omnes omnibus communes, ... ita tamen ut iis, quibus jura et ratio eam concedunt, sua praecedentia salva maneant, dummodo sedes eorum christianae modestiae non adversentur, nec communi populi pietati et aedificationi obsint. In sanctuario autem sive choro nemini sedem habere permittant, nisi cui antiqua et immemorialis consuetudo, suffragante titulo fundationis aut collationis, alicubi forte modestum aliquem locum, nullo ministrorum ecclesiae aut divini officii impedimento aut scandalo, jam olim citra omnem controversiam concessit; de novo autem aut ubi dubium, vel contradictio aliqua intercessit, nisi nobis consultis, aut nostris vicariis generalibus nemini concedant sub poena arbitraria. — Man sehe auch van Espen, jus ecclesiasticum, Pars 2 Tit 25 cap. 7, welcher sich dafür ausspricht, daß nur dem Patron in dem Chor ein Stuhl gebühre, andern dort Sitze nur aus Nachsicht gewährt seyn könnten.

ausschließlichen Besitze einer Familie, jedoch nur persönlich für deren Mitglieder erscheint, oder als Zubehör eines unbeweglichen Eigenthumes, welches nur mit diesem auf den Besitzer desselben übergeht, oder endlich selbst nur als ein rein persönliches, von dem jeweiligen Pfarrer mit Zustimmung des Kirchenvorstandes für die Lebenszeit ertheiltes, oder auch selbst zu jeder Zeit widerrufliches Recht;

Daß bei der vorhandenen Möglichkeit eines so verschiedenartigen Ursprunges und Umfanges jene Berechtigung als eine dingliche, dem Eigenthume an unbeweglichen Sachen analoge, unter allen Umständen nicht angesehen werden kann, sohin aber auch ein bloßer langjähriger Besitz nicht nothwendig zum Eigenthume führt;

Daß aus denselben Gründen der Erwerb eines derartigen Rechtes durch Erbschaft, sowie die Uebertragung unter Lebenden auf Grund eines lästigen oder unentgeltlichen Titels nicht unbedingt zulässig ist, vielmehr bei der Frage über die Rechtsbeständigkeit dieser Erwerbung immerhin auf die ursprüngliche Verleihung und deren Umfang zurückgegangen werden muß;

Daß diesemnach derjenige, welcher eine derartige Berechtigung durch Uebertrag erworben zu haben behauptet, immerhin nicht nur den Titel seiner Erwerbung, sondern auch jenen über die ursprüngliche Verleihung aufzulegen verpflichtet ist;

J. E., daß im untergebenen Falle der Appellant selbst aufstellt, daß der in Anspruch genommene Kirchenstand ursprünglich dem Freiherrn von Seraing zu Haus Eibach eigenthümlich zugehört habe, und von diesem durch verschiedene Mittelspersonen auf ihn übertragen worden; daß derselbe aber in keiner Weise dargethan hat, in welcher Art und unter welchen Bedingungen derselbe von seinem Rechtsvorfahren besessen worden, und ob Letzterer insbesondere zu dessen Uebertragung als eines selbstständigen Eigenthumes an einen Dritten berechtigt gewesen sey; daß auch nach dem bereits Ausgeführten die Zulässigkeit eines solchen Uebertrags eine Vermuthung bei der singulären Natur jener Berechtigung nicht für sich hat; daß bei dieser Sachlage das von dem Appellanten vorgebrachte Decret des großherzoglich bergischen Hofrathes vom 6. Juli 1809, welches die Freifrau v. Seraing in dem Besitze eines Kirchenstuhles in der Kirche zu Lindlar gehandhabt, zur Entscheidung der Frage, ob ein 30jähriger

Besitz ein unbeschränktes auf Andere übertragbares Eigenthum zu erwerben geeignet sey, und diesemnach auch der subsidiarisch anerbotene Beweis unerheblich ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. ohne Berücksichtigung des subsidiarischen Beweiserbietens die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 5. Januar 1847 u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 28. Januar 1848.

Advocaten: Müller — Compes.

Körperhaft. — Gesellschaften.

Das bei der Liquidation vor Schiedsrichtern sich ergebende Guthaben des einen Gesellschafters gegen den Andern ist nicht zu den Handelsschulden zu rechnen, und die Körperhaft für dasselbe nur in sofern zulässig, als die Forderung einen Schadens-Ersatz darstellt. Art. 126 der B. P. O.

Zopp — Frowein.

In einem schiedsrichterlichen Verfahren zwischen Gesellschaftern beantragte der Kläger den Gegner ꝛc. Zopp zur Zahlung der ihm zustehenden Summe von 765 Thlr. 19 Sgr. 4 Pfg. unter Körperhaft zu verurtheilen. Die Schiedsrichter erkannten dem Ersteren diese ganze Summe zwar zu, sprachen die Körperhaft jedoch nur für den darin enthaltenen Betrag von 213 Thlr. 15 Sgr. aus.

Die Gründe dieser Entscheidung sind folgende:

J. E., daß dem Antrage für die ganze Schuld, welche der Beklagte an Kläger abzutragen hat, nicht deferirt werden kann, weil Schulden, welche aus einem nach der Natur des Gesellschafts-Vertrags zu erklärenden Grunde dem einen Socius zu Gunsten des andern zur Last bleiben, nicht zu den Handelsschulden zu rechnen sind, oder vielmehr, daß die Statuirung der Körperhaft für derartige Schulden nach dem Gesetze vom 15. Germinal J. 6 sich nicht rechtfertigen läßt;

J. E., jedoch, daß es nach den stattgehabten Verhand-

lungen feststeht, daß der Beklagte eine Partie Lichterformen und eine Quantität Kokus-Oel aus dem Fabrik-Local ohne Wissen und Willen des Klägers weggenommen, diese Gegenstände verkauft und sich den Erlös zugeeignet; daß zu dieser Thatsache noch hinzukommt, daß er dies zu einer Zeit gethan, wo das Geschäft bereits de facto zu bestehen aufgehört, und wo er wohl wissen konnte, daß er Schuldner des Klägers war; daß er durch diese widerrechtliche Handlung den Kläger um so mehr absichtlich in Schaden gebracht, als er nach seiner eigenen Auslassung nicht die Mittel besitzt, den Kläger für sein Guthaben zu befriedigen; daß dieser hier in Rede stehende Schaden civilrechtlicher Natur ist; daß es aber keinem gegründeten Zweifel unterliegen kann, wegen eines solchen Schadens auch bei Streitigkeiten zwischen Gesellschaftern den Art. 126 der B. P. O. anzuwenden, und dies um so mehr, als gerade die aus diesen Streitigkeiten sich ergebenden Forderungen des einen Gesellschafters an den andern weniger einen commerciellen als einen civilrechtlichen Charakter an sich tragen; daß daher der Beklagte zur Zahlung des Werthes der weggenommenen Lichterformen und des Kokus-Oel im Betrage von 213 Thlr. 15 Sgr. bei Vermeidung der Körperhaft zu verurtheilen ist.

Die von dem Zopp gegen diese Entscheidung in Betreff der Körperhaft eingelegte Berufung hat der A. G. H., indem er den Gründen des ersten Richters beigetreten, mit den Kosten verworfen.

II. Senat. Sitzung vom 22. Januar 1848.

Advokaten: Stupp — Mauß.

Eisenbahnen. — Expropriation. — Besitz-Einweisung.

Die zum Vortheile einer Eisenbahn-Gesellschaft expropriirten Grundstücke sind der Gesellschaft und nicht der Kgl. Regierung zu überweisen.*)

Die Gesellschaft kann zu jeder Zeit und ehe die Entschädigungsklage eingeleitet ist, aus Gründen der Dringlichkeit in den provisorischen Besitz eingesetzt werden.

*) Archiv 31. 1. 138. — 37. 1. 13.

Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn-Gesellschaft — Nellessen u. Cons.

Die genannte Gesellschaft besitzt eine Strecke der künftigen Bahn; die Kgl. Regierung verlangte nach Beobachtung der im Gesetz vom 8. März 1810 Art. 3 — 10 vorgeschriebenen Acte, das Kgl. Landgericht zu Aachen möge die Expropriation aussprechen, und die **Direction** der Gesellschaft **sofort** in den Besitz der im Bereiche der Bürgermeistereien Herzogenrath, Merkstein und Rimburg abzutretenden Grundstücke, vorbehältlich der spätern Regulirung der gesetzlichen Entschädigungen, einzuweisen.

Das Kgl. Landgericht erließ in der **Rathskammer** am 16. December 1847 folgenden

Beschluß;

J. E., daß den in den Titeln I. u. II. des Dekrets über die Expropriation vorgeschriebenen Erfordernissen Genüge geschehen und das dort bezeichnete administrative Verfahren in gehöriger Weise Statt gefunden hat;

Daß daher, da mit den einzelnen benannten Eigenthümern der zum Bau der Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn erforderlichen Grundstücke eine Einigung Betreff des Kaufpreises nicht hat zu Stande gebracht werden können, kein Bedenken im Wege steht, rücksichtlich jener Grundstücke die Expropriation in Gemäßheit des Art. 13 des eben bezogenen Gesetzes auszusprechen;

J. E., was den Antrag der Kgl. Regierung betrifft, nicht sie, sondern direct die Eisenbahn-Gesellschaft in den Besitz der in Rede stehenden Grundstücke einzuweisen;

Daß der allegirte Art. 13 vorschreibt, daß der Präfekt, also nunmehr die Kgl. Regierung, ermächtigt werden solle, sich in den Besitz zu setzen, und in Uebereinstimmung damit der Art. 21 ibid. die Domainenverwaltung als die Person bezeichnet, woran die Expropriirten sich wegen Zahlung der ihnen gebührenden Entschädigungen zu wenden haben;

Daß dagegen in dem ganzen Gesetze nirgend auch nur eine Andeutung davon zu finden ist, daß ein Concessionär, dem etwa der Staat die Ausführung einer öffentlichen Anlage übertragen hat, direkt durch Expropriation in den Besitz eingewiesen werden könnte, und daß die Expropriirten sich alsdann wegen der ihnen für das ihnen im öffentlichen Interesse

durch den Staat entzogene Eigenthum gebührenden Entschädigung bloß an den Concessionär sollten halten können;

Daß die Bestimmungen des Gesetzes über die Austrocknung der Sümpfe vom 16. September 1807 im Art. 48, welche allerdings die directe Einweisung der Concessionäre in den Besitz des expropriirten Grundeigenthums gestatten, hier nicht maßgebend seyn können, da sie nur auf die speziellen, darin bezeichneten Arbeiten Anwendung finden und über die Grenzen dieses Spezialgesetzes, welches übrigens die Expropriirten durch die gleichzeitige Verfügung, daß in dem Falle, wenn die Arbeiten durch Concessionäre unternommen wurden, der Abschätzungspreis jeder Zeit vor Beginn der Arbeiten bezahlt werden sollte, vollständig sichergestellt hat, nicht ausgedehnt werden dürfen;

J. E., daß nicht angenommen werden kann, daß durch das Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 eine Abänderung des Dekrets vom 8. März 1810 beabsichtigt worden, da dasselbe im §. 11 i. f. ausdrücklich verfügt, daß in der Rheinprovinz, so weit das allgemeine Land-Recht dort nicht in Kraft sey, die Ausübung des Expropriations-Rechtes und die Feststellung der Entschädigungen nach den dort für die Expropriation geltenden Bestimmungen erfolgen solle;

Daß hiernach das Ganze sowohl der formellen, als der materiellen Bestimmungen des citirten Dekrets vom 8. März 1810 in der Rheinprovinz in Beziehung auf die Eisenbahnunternehmungen als beibehalten angesehen werden muß, und also die Kgl. Regierung und nicht die Eisenbahn-Gesellschaft in den Besitz der Grundstücke einzuweisen ist;

J. E., was den Antrag auf provisorische Einweisung in den Besitz vor Regulirung der Entschädigungen betrifft, daß derselbe in dem gegenwärtigen Stadium der Sache unzulässig erscheint;

Daß das Dekret vom 8. März 1810 im Tit. III ein zweifaches gerichtliches Verfahren streng unterscheidet, wovon das erste, in dem §. 1 abgehandelte, blos die Expropriation an und für sich, die Ueberweisung des Eigenthums an die Kgl. Regierung, welche auf einseitiges Anrufen der Letztern das öffentl. Ministerium beantragt und vom Gerichte ausgesprochen wird, zum Gegenstande hat, während das zweite im §. 2 abgehandelte, die Festsetzung der Entschädigung be-

trifft, und in Ermangelung abweichender Bestimmungen die Beobachtung der gewöhnlichen prozessualischen Formen, also vor Allem die Vorladung der Gegenpartei, erheischt;

Daß es in der Natur der Sache liegt, daß die Kgl. Regierung erst alsdann zur Einleitung des letztern Verfahrens übergehen kann, wenn das Expropriations-Urtheil in der im Art. 13 vorgeschriebenen Weise bekannt gemacht und dadurch den Expropriirten Gelegenheit gegeben worden ist, dasselbe und die Gültigkeit des ganzen bis dahin stattgehabten Verfahrens durch den ihnen im Art. 14 während einer 8tägigen Frist vorbehaltenen Einspruch anzufechten;

Daß der Art. 19, welcher im Falle der Dringlichkeit die provisorische Einweisung in den Besitz vor Festsetzung der Entschädigung gestattet, in dem zweiten von der Entscheidung handelnden Verfahren steht; der Antrag auf provisorische Einweisung also einen Incidentpunkt in der zweiten, die Ermittelung der Entschädigung betreffenden Verfahren bildet;

J. E., daß der Art. 19 die provisorische Einweisung aber auch ausdrücklich nur in dem Falle für statthaft erklärt, wenn der obschwebende Streit nicht die Zulässigkeit der Expropriation an und für sich, sondern blos die Höhe der Entschädigung betrifft, also offenbar die vorhergehende Bekanntmachung des Expropriations-Urtheils und den Ablauf der Oppositionsfrist des Art. 14 voraussetzt, da erst alsdann sich sagen läßt, ob mit den Expropriirten ein Streit über die Zulässigkeit der Expropriation selbst besteht;

J. E., daß aber endlich, abgesehen von der Frage, ob in dem gegenwärtigen Stadium der Sache die provisorische Einweisung überhaupt statthaft sey, im vorliegenden Falle, Seitens der Kgl. Regierung oder der Eisenbahn-Gesellschaft kein einziger Grund der Dringlichkeit articulirt worden, welcher eine Ausnahme von der Regel des Art. 545 des B. G. B., daß die Entschädigung vor der Entziehung des Eigenthums geleistet werden müsse, rechtfertigen könnte;

Aus diesen Gründen

ermächtigt das Kgl. Landgericht die Kgl. Regierung hierselbst, unter Beobachtung der Vorschriften des Dekrets v. 8. März 1810 sich in den Besitz nachbezeichneter in den Bürgermeistereien Herzogenrath, Merkstein und Rimburg gelegenen Immobilien zu setzen, nämlich: u. s. w.

verwirft dagegen noch zur Zeit den Antrag der Kgl. Regierung auf provisorische Einweisung in den Besitz vor Ermittelung der den Eigenthümern gebührenden Entschädigungen.

Von dieser Entscheidung ergriff die Kgl. Regierung den Recurs an den R. G. H., und die Gesellschaft intervenirte durch ihre Direction; beide wiederholten den Antrag erster Instanz, zu dessen Rechtfertigung ausgeführt wurde:

1) Wenn auch die Gesetze vom Jahre 1807 und 1808 nur eine Einweisung des Staates kännten, so sey die Sache heute ganz anders, da das Gesetz vom 3. November 1838 (§. 8 u. 13) den Eisenbahn-Gesellschaften das Expropriations-Recht verleihe;

2) Der Art. 19 des Gesetzes von 1810 gewähre dem Richter die Befugniß, in jeder Lage der Sache aus Dringlichkeitsgründen in den provisorischen Besitz einzuweisen; auf die Stellung dieses Artikels, der ebensogut hinter Art. 13 seinen Platz haben könne, komme nichts an; so unterstelle auch die Instruction des gesammten Staats-Ministeriums vom 23. Juli 1821 (Lottner II. S. 223), und so bestehe auch die bisherige Praxis der rheinischen Gerichte; Dringlichkeit liege aber in der Natur des Baues und der Umstände: die Direction habe für einige Strecken den Besitz, darauf den Bau begonnen, und für die jetzt in Frage stehende Strecke die Unternehmungs- und Lieferungs-Verträge abgeschlossen, welche alle in's Stocken gerathen würden.

In Uebereinstimmung mit den Anträgen des öffentl. Ministeriums erließ der Hof in öffentlicher Sitzung folgendes

Urtheil:

J. E., daß in Gemäßheit des §. 8 des Gesetzes vom 3. November 1838 den vom Staate concessionirten Eisenbahn-Gesellschaften das Expropriations-Recht eingeräumt worden ist, — daß wenn der §. 11 des bezogenen Gesetzes in Betreff Ausübung dieses Rechtes die in den verschiedenen Provinzen des Staates bestehenden Bestimmungen aufrecht erhalten hat, hieraus selbstredend an sich schon nicht folgt, daß das im §. 8 l. c. ganz allgemein ertheilte Recht hierdurch habe materiel auf diejenigen Provinzen beschränkt werden sollen, wo bisher schon ein Expropriations-Recht zu Gunsten von Unternehmungen, die der Staat nicht selbst macht, gesetzlich zulässig

war, weil nach den ebendaselbst bezogenen Stellen des Allg. Pr. Land-Rechtes, unter dessen Herrschaft sowenig, als in der Rheinprovinz, ein solches Recht gesetzlich bestand, mithin unter der obigen Annahme der §. 11 l. c. den §. 8 l. c. gänzlich wieder aufgehoben haben würde, was keiner Widerlegung bedarf, und daß überdies der Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn-Gesellschaft durch Kabinets-Ordre vom 21. August 1846 noch ausdrücklich das Expropriations-Recht beigelegt worden ist;

Daß ein Expropriations-Recht, ohne das Recht sich in den Besitz der zu expropriirenden Grundstücke setzen lassen zu können, inhaltslos seyn würde, und daß hiernach das Gesetz vom 8. März 1810 in sofern durch das Gesetz vom 3. November 1838 modificirt worden ist, als den concessionirten Eisenbahn-Gesellschaften, unter der vorläufigen Leitung der betreffenden Regierungen, ein Theil der, sonst nur dem Staate zustehenden Rechte übertragen worden ist, — daß mithin die Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn-Gesellschaft ein wesentliches Interesse hat, bei der Entscheidung der Frage gehört zu werden, wer in den Besitz der fraglichen Grundstücke einzuweisen sey? — daß ihre Intervention daher zulässig, daß aber aus denselben obigen Gründen der, in der Intervention niedergelegte, und mit der, von der appellantischen Kgl. Regierung geltend gemachten ersten Beschwerde gleichlautende Antrag auch gerechtfertigt erscheint, und nicht, wie geschehen, die Kgl. Regierung zu Aachen, sondern die Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn-Gesellschaft in den Besitz der fraglichen Grundstücke einzuweisen ist;

J. E. zur beiderseitigen zweiten Beschwerde über die Versagung der sofortigen Einweisung, daß der §. 19 des Gesetzes vom 8. März 1819 die sofortige provisorische Einweisung in den Besitz vor Ermittelung der Entschädigung, nur davon abhängig macht, daß kein Streit über die Eigenthums-Entziehung selbst obwalte, und daß die Natur und Dringlichkeit der Arbeiten dieses Provisorium räthlich erscheinen lassen; — daß ein Streit der angeführten Art hier nicht obwaltet, — daß der Fortbau an dem Bahn-Körper einer im Bau begriffenen Eisenbahn, wie der Aachen-Düsseldorfer-Bahn, zumal wenn sie, wie untergebens als Verbindung zwischen anderen Bahnen dienen soll, sowohl wegen des öffentlichen Nutzens, als wegen der durch Verträge aller Art gebundenen Gesellschaft, als endlich wegen der in Thätig-

keit befindlichen Arbeiter, unzweifelhaft als sehr dringend betrachtet werden muß, — daß es daher vorliegend zweckmäßig erscheint, die Einweisung in den Besitz nicht von der, möglicher Weise längere Zeit erfordernden Ermittelung der Entschädigung abhängig zu machen, und daß, wenn dieses der Fall, auch kein Grund vorliegt, einen andern Zeitpunkt hierfür abzuwarten, da in dem §. 19 l. c. kein anderer bestimmt ist, und die Ermittelung der Entschädigung, nach §. 16 l. c., nunmehr auch sofort eingeleitet werden kann.

Aus diesen Gründen

nimmt der Kgl. Rh. A. G. H. die von der Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn-Gesellschaft eingemittelte Intervention an, — reformirt den Beschluß des Kgl. Landgerichtes zu Aachen vom 22. November 1847, — ermächtigt, an dessen Statt erkennend, die Aachen-Düsseldorfer-Eisenbahn-Gesellschaft sich sofort in den Besitz der in jenem Beschlusse bezeichneten Grundstücke zu setzen, und weist sie hierdurch provisorisch in denselben ein.

I. Senat. Sitzung vom 19. Januar 1848.

Anwalt der Gesellschaft: Forst.

Erbtheilung. — Homologation. — Rescissionsklage. — Res judicata. — Betrug. — Irrthum. — Auslassungen.

Auch die gerichtlich-homologirte Theilung kann mit der Rescissionsklage angefochten werden. Eine derartige Homologation hat nicht die Wirkung der Res judicata.

Nur der von Einem der Contrahenten verübte Betrug rechtfertigt die Rescissionsklage; der Betrug des Erblassers, wodurch die Theilungsmasse zum Nachtheile eines der Betheiligten sich anders gestaltet, kommt dabei nicht in Betracht.

Auch der Irrthum kann eine Ursache der Rescission der Theilung seyn. Besteht derselbe aber darin, daß bei einer Erbtheilung und gleichzeitigen Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft ein Theil des Vermögens zur Gütergemeinschaft gerechnet worden, welcher nicht dazu

gehörte, so ist in Wahrheit eine Auslassung eines zur Erbtheilung gehörigen Gegenstandes vorhanden, und es bedarf alsdann nur einer nachträglichen Theilung des Ausgelassenen. Die Theilung der Gütergemeinschaft kann aber alsdann von den Betheiligten angefochten werden.

Art. 466, 840, 887, 888, 1110, 1117 des B. G. B.

Alexius — Braun.

Johann Alexius lebte in zweiter Ehe mit Elisabeth Bender und zeugte darin 4 Kinder. Die Ehe wurde im Jahre 1829 durch den Tod der Frau aufgelöst. Im Jahre 1831 schloß derselbe eine dritte Ehe mit Catharina Krautkrämer, jetzigen Ehefrau Braun. In dem Ehevertrage wurde die Gütergemeinschaft auf die Errungenschaft beschränkt. Die Ehefrau erklärte, nichts mitzubringen, als ihre Kleidungsstücke. Zur Konstatirung des Vermögens des Mannes bezieht sich der Ehevertrag auf ein vor Notar Holthof am 10. April 1831 angefertigtes Inventar.

Nachdem Alexius im Jahre 1835 mit Hinterlassung eines Kindes aus dieser Ehe gestorben war, wurde ein abermaliges Inventar über das nunmehr vorhandene, seit dem Jahre 1831 bedeutend vermehrte Vermögen aufgenommen.

Auf den übereinstimmenden Antrag sämmtlicher Betheiligten wurde durch Urtheil des Landgerichts zu Koblenz vom 31. August 1837 die vor Notar Wackler zu St. Goar am 5. Juni desselben Jahres angefertigte Theilung homologirt. Sämmtliche Kinder zweiter Ehe des Alexius waren damals noch minderjährig.

Seitens dieser theilweise inmittelst großjährig gewordenen Kinder wurde durch Klage vom 27. August 1845 gegen die Ehefrau und das Kind dritter Ehe des Johann Alexius die Theilung angegriffen, indem sie folgendes Sachverhältniß aufstellten:

Die in dem Inventar vom Jahre 1831 ausstehenden Forderungen seyen darin zum Betrage von 5953 Thlr. 10 Sgr. eingetragen; nach dessen Inhalt sey damals gar kein baares Geld vorhanden gewesen.

Der Vater Johann Alexius habe aber arglistiger Weise zur Begünstigung seiner dritten Ehefrau eine Reihe von ausstehenden Forderungen, im Gesammbetrage von 6691 Thlr.,

nach Inhalt des darüber aufgestellten Verzeichnisses verschwiegen. Die Existenz jener Ausstände zur Zeit der zweiten Ehe des Johann Alexius ergebe sich aus dem nach seinem Tode aufgenommenen Inventar, in welchem die einzelnen in dem fraglichen Verzeichnisse aufgeführten Posten mit Angabe der Daten der betreffenden Schuldurkunden vorkämen, welche aber zum größten Theile in die zweite Ehe fielen; von den übrigen müsse aber auch angenommen werden, daß sie zu jener Ehe gehörten, weil sie unmittelbar nach derselben datirten, und nach dem Inventar vor 1831 baares Geld nicht vorhanden gewesen, woraus sie hätten angelegt werden können. Die im April 1831 eingegangene dritte Ehe habe nur bis zum 27. Februar 1835, also keine 4 Jahre gedauert, und doch würde nach Abzug jener 6691 Thlr. noch eine Errungenschaft von 5217 Thlr. für die dritte Ehe übrig bleiben. Es wurde demgemäß die Rescission der Theilung wegen Betruges, Irrthums und Auslassungen auf Grund der Art. 887 u. 888 des B. G. B., jedenfalls Zutheilung der Summe von 6691 Thlr. an die Kläger und Absetzung derselben von der Vermögensmasse der dritten Ehe beantragt.

Die Verklagten widersetzten sich der Klage, indem sie behaupteten, das Inventar vom Jahre 1835 sowohl, als jenes von 1831 habe bei der vollzogenen Theilung offen gelegen, mithin könne von einem Betruge keine Rede seyn. Eine Auslassung habe ebenwenig stattgefunden, weil die Kapitalien, deren Theilung nunmehr beantragt werde, nicht ausgelassen, vielmehr der dritten Ehe zugetheilt worden.

Eine Verletzung über 1/4 werde nicht behauptet, vielweniger nachgewiesen; ein Irrthum, wie ihn das Gesetz zur Anfechtung der Theilung unterstelle, sey mithin auch nicht vorhanden; der Klage dürfe sonach um so weniger stattgegeben werden, als auch die Theilung homologirt und das Homologations-Urtheil durch kein Rechtsmittel angegriffen worden, sohin ihr auch res judicata entgegenstehe.

Durch Urtheil vom 11. December 1845 wies das Landgericht zu Koblenz die Klage auf Rescission der ganzen Theilung ab, weil weder Arglist noch eine Verletzung über 1/4 artikulirt worden, erklärte jedoch eine partielle Rectification für zulässig, sofern die von den Klägern behaupteten Thatsachen erwiesen werden könnten, weil in der behaupteten

Unterstellung die dritte Ehe ohne alle rechtliche Verpflichtung zuviel erhalten habe, und sonach eine Zurückforderung zulässig sey.

Die von den streitenden Theilen in Folge jenes Interlokutes versuchte Beweisführung durch Zeugen blieb ohne Resultat, und bei der ferneren Verhandlung der Sache beschränkten die Kläger den Betrag der angeblich ausgelassenen Ausstände auf die Summe von 4535 Thlr. und verlangten demgemäß die Zuerkennung der Hälfte jener Summe mit Zinsen seit dem Jahre 1837.

Die Verklagten bestritten unter Wiederholung ihrer früheren Anträge die gegenseitige Aufstellung im Allgemeinen nicht, trugen aber eventuell dahin an, den Parteien aufzugeben, sich über die Schuldscheine zu erklären, welche angeblich in die zweite Ehe gehörten.

Durch Urtheil vom 30. Juli 1846 erwog das Landgericht, daß nunmehr nur noch die Hinzurechnung derjenigen Obligationen zur zweiten Ehe gefordert werde, deren Datum unzweifelhaft in jene Ehe falle, und daß gegen die Richtigkeit der Summe von 4535 Thlr. keine speziellen Einwendungen erhoben worden. Die Gütergemeinschaft dritter Ehe resp. die Errungenschaft müsse sonach um soviel reduzirt und die Ehefrau Braun verurtheilt werden, diesen Betrag zu repräsentiren; über die Frage, ob jene Repräsentation in baarem Gelde oder durch Ueberweisung von Obligationen zu bewerkstelligen, bedürfe es aber noch einer Erörterung, von welcher auch die Zinsenfrage abhängig zu machen. Zu diesem Ende wurden deshalb die Parteien vor Notar verwiesen.

Beide Theile ergriffen dagegen die Berufung unter Wiederholung ihrer früheren Anträge, Behauptungen und Einreden. In einer besonderen Denkschrift bestritt die Ehefrau Braun noch insbesondere die Aufstellungen der Gegenpartei über die angeblichen Irrthümer und Auslassungen in dem Inventar vom Jahre 1831.

Zur Widerlegung der Einrede der res judicata wegen der vorliegenden Homologation, sowie zur Rechtfertigung der Zulässigkeit der Rescissionsklage wegen unterlaufenen Irrthumes bezog sich der Vertreter der Kinder Alexius auf ein Urtheil des pariser Cassationshofes vom 11. Juni 1838 bei Sirey 1838. 1. 831 und auf ein ferneres bei Sirey 1842. 1. 742. sodann auf folgende Autoren:

Delvincourt II. Nro. 157. Toullier IV. 569.
Chabot art. 887 Nro. 4. Malpel Nro. 513.
Vazeille art. 887 Nro. 1.
Zachariae Handb. IV. §. 626. Duranton VII. Nro. 581.

Das öffentl. Ministerium trug auf gänzliche Abweisung der Klage an, Folgendes zu diesem Ende anführend:

Die derselben mit Bezug auf das Homologationsurtheil vom 31. August 1837 entgegengestellte Einrede rei judicatae ist grundlos, indem eine richterliche Verfügung, welche die Streitpunkte zwischen den Parteien gar nicht entscheidet, vielmehr nur deren Uebereinkunft genehmigt, in Rechtskraft nicht erwachsen kann. Das Urtheil vom 31. August hat nur Letzteres gethan, und die Uebereinstimmung der Parteien in dem Homologations-Antrag zu seinem einzigen Motiv gemacht.

In der Klage wird die Rescission der Theilung wegen Betruges verlangt; eventuell wegen factischer Rechnungs-Irrthümer eine Berichtigung derselben in Antrag gebracht. Die Kläger finden jenen aber darin, daß ihr Vater bei dem Uebergange zur letztern Ehe zu ihrem Nachtheile ein unrichtiges Inventar gemacht, von welchem die Verklagte ungerechten Nutzen gezogen. Allein es lagen bei der Theilung sowohl das erste als das zweite, nach dem Tode des Vaters aufgenommene Inventar mit allen Schulddocumenten vor, und wird von den Klägern nicht behauptet, daß die Frau Braun mittelst absichtlicher Verdunkelung der Verhältnisse sie verleitet habe, die Theilung in der geschehenen Weise abzuschließen.

So wenig als der Hauptantrag, rechtfertigt sich der eventuelle; er wird hauptsächlich auf den Art. 541 der B. P. O. gestützt. Rechnungs-Irrthümer sind in der Theilung gar nicht vorhanden, denn die Beschwerde der Kinder erster Ehe liegt ja lediglich darin, daß Forderungen der vorletzten Ehe als zu der Errungenschaft der letzten gehörig angenommen worden. Auch hat der Richter a quo die Berichtigung der Theilung nicht darauf, sondern auf eine Condictio sine causa gegründet, auf welche gar nicht geklagt war. Uebrigens kann ein wirklicher Irrthum über den Ursprung der fraglichen Forderungen in keiner Weise angenommen werden, indem ja beide Inventarien mit allen Schulddocumenten bei der Theilung offen lagen, aus welchen zu entnehmen war, und jetzt entnommen wird, daß diese Forderungen zum Vermögen der vorletzten Ehe ge-

hören, jedenfalls muß aber ein solcher Irrthum eine Verletzung über $1/4$ zur Folge gehabt haben, wie Art. 887 der B. G. B. verfügt, um geltend gemacht werden zu können. Hierauf ist indeß die Klage so wenig gerichtet, als auf die obige Condiction, und auf eine Supplementartheilung. Diesemnach wird die Klage abzuweisen seyn.

Der A. G. H. erkannte hierauf wie folgt:

I. E., daß die Art. 887 und 888 des B. G. B. die Rescissionsklage gegen jedes Geschäft zulässig erklären, welches die Beendigung der Gemeinschaft unter den Miterben zum Gegenstande hat, sofern nur die Bedingungen vorhanden sind; daß nach den Worten des Gesetzes und den betreffenden Bestimmungen über die Theilungen im allgemeinen nicht beanstandet werden kann, darunter auch gerichtlich homologirte Theilungsacte einzubegreifen, weil in den dem fünften Abschnitte des zweiten Titels des dritten Buches vorhergehenden Anordnungen, alle Bedingungen und Formalitäten angegeben sind, welche bei Theilungen zu beobachten sind, die unter Genehmigung der Gerichte vor sich gehen, und in dem fünften Abschnitte demnächst die Rescissionsklage dagegen nachträglich für statthaft erklärt wird, mithin gerade für gerichtliche Theilungen das Gesetz in jenem Abschnitte die Bedingungen der Zulässigkeit der Rescissionsklage angegeben, zumalen auch Minderjährige nur unter gerichtlicher Genehmigung mit definitiver Wirkung theilen können, und in anderem Falle gerade die Minderjährigen von der allgemeinen die Aufrechthaltung der Gleichheit bei Theilungen bezweckenden gesetzlichen Befugniß ausgeschlossen seyn würden; daß wenn das Gesetz auch jene Homologation mit allen Formen eines kontradiktorischen Verfahrens umgeben, diese auch nur als Garantien zur Wahrung der Gleichheit bei Theilungen und insbesondere im Interesse der Minderjährigen zu betrachten sind, ohne daß daraus jene Theilungen die Natur von Verträgen verlieren, denen die gerichtliche Genehmigung als obervormundschaftliche Behörde nur hinzutreten soll; daß diesemnach der Untersuchung des Klagegrundes, daß bei der fraglichen Theilung Betrug, Irrthum und Auslassungen untergelaufen seyen, die Einrede der abgeurtheilten Sache nicht entgegensteht;

I. E., daß die Ehefrau Braun bei dem Inventar vom 10. April 1831 nicht mitgewirkt hat, daß eine Theilnahme

derselben an den durch den Vater Johann Alexius angeblich veranlaßten Unrichtigkeiten bei Aufführung der zu dessen zweiter Ehe gehörigen Kapitalien nicht bewiesen ist; daß aber auch bei der frühern Theilungsprocedur beide Inventarien allen Betheiligten und ihren gesetzlichen Vertretern zur Einsicht offen gelegen haben, mithin dieselben vollständig in der Lage waren, durch genaue Prüfung und Vergleichung des Inhaltes die nunmehr behaupteten Unrichtigkeiten bei Aufstellung der Vermögensmassen beider Ehen zu rügen und deren Berichtigung zu beantragen; daß diesemnach aber von einem Betruge der Contrahenten bei Abfassung des Theilungsaktes keine Rede ist, auf einen solchen aber nach Art. 1116 des B. G. B. der im Art. 887 ebendaselbst unterstellte Fall des Betruges zu beschränken ist;

J. E., daß der zuerst angeführte Artikel zwar den Irrthum als eine Ursache der Rescission der Theilung nicht ausdrücklich erwähnt; daß aber der Art. 1109, welcher die allgemeinen Voraussetzungen zur Gültigkeit eines Vertrages enthält, die Abwesenheit des Irrthums bei der nothwendigen Einwilligung der Contrahenten voraussetzt; daß sonach auch bei Theilungen wie bei andern Verträgen der Irrthum im allgemeinen als ein Mangel der Einwilligung anzusehen; daß aber nach bekannten Regeln nicht jeder Irrthum die Aufhebung des Vertrages zur Folge hat, der Art. 1110 die Voraussetzungen, unter welchen derselbe als Mangel einer gültigen Einwilligung angesehen werden soll, genau angibt, und eine gleiche Beschränkung der Folgen des Irrthums sich auch in den Art. 887 und 888 wiederfindet, wenn nämlich die Einwilligung durch Betrug erschlichen worden, eine Verletzung des Irrenden jedoch über ein 1/4 zur Folge gehabt, oder wenn Sachen, die zur gemeinschaftlichen Masse gehören, nicht getheilt worden sind, in welchem letzteren Falle aber nur eine Klage auf Ergänzung der Theilung, keineswegs aber die Aufhebung der ganzen Theilung stattfinden soll;

J. E., daß diesemnach, da ein die Theilung aufhebender Betrug sowenig als eine Verletzung über 1/4 artikulirt worden, eine Rescission derselben wegen eines untergelaufenen Irrthumes nur in soweit statthaft erscheint, als ein solcher über die Substanz der Theilungsmasse oder über die Betheiligung eines Mittheilenden behauptet würde; daß die in dieser Beziehung von den durch Anwalt Forst vertretenen Appellanten aufge-

stellten Behauptungen dahin gehen, daß ein Theil des Vermögens des Johann Alexius als Errungenschaft dritter Ehe dieser zugerechnet worden, während derselbe schon vor Eingehung dieser Ehe vorhanden gewesen, sohin die Ehefrau Braun von jeglichem Antheile daran hätte ausgeschlossen werden müssen; daß aber in dieser Voraussetzung die Theilung des Vermögens der Ehe des Johann Alexius mit Elisabeth Bender nicht sowohl wegen eines Irrthumes in der Substanz der Theilungsmasse als wegen Auslassung eines dazu gehörigen Vermögens-Objektes angefochten werden könnte, und eine nachträgliche Theilung der ausgelassenen Kapitalien für die Kinder der zweiten Ehe vollständig ausreichend seyn würde, ohne daß es einer vollständigen Rescission des ganzen Theilungsgeschäftes bedürfte;

J. E., daß eine Klage auf Ergänzung im Sinne des Art. 887 des B. G. B. zwar in der Regel die vollständige Uebergehung eines zur Theilung gehörigen Gegenstandes voraussetzt, sey es nun, daß derselbe sich im gemeinschaftlichen Besitze der Theilhaber oder in dem ausschließlichen Besitze eines Dritten oder eines Gesellschafters befindet, von welchem er erst im Wege der Vindication erstritten und dann zur Theilung gebracht werden müßte; daß dagegen im vorliegenden Falle eine Theilung der fraglichen 6691 Thlr. in der That schon stattgefunden, und nur in unrichtiger Weise nach der Behauptung der Appellanten Alexius der Ehefrau Braun zugetheilt worden; daß es aber zur richtigen Würdigung des Ergebnisses der vorgenommenen Theilung der Zerlegung derselben in ihre ursprünglichen Bestandtheile bedarf, diese Zerlegung aber eine Theilung des fraglichen Vermögens in zwei ihrem Gegenstande und hinsichtlich der Betheiligung ganz verschiedene Massen ergibt, nämlich das Vermögen des gemeinschaftlichen Erblassers Johann Alexius zur Zeit der Eingehung der dritten Ehe mit der jetzigen Ehefrau Braun, und das mit dieser bis zum Tode des Johann Alexius errungene; daß über die erstere Masse das Inventar vom 10. April 1831 sich zu verbreiten bestimmt war, und in der von den Appellanten Alexius behaupteten Unterstellung die fragliche Kapitalsumme jenem Vermögen hätte zugetheilt und in jenes Inventar hätte aufgenommen werden müssen; daß auch unter diesem Gesichtspunkte der nachträglichen Theilung derselben nichts im Wege steht, und es hierbei ganz gleichgültig ist,

ob dieselben von einem Dritten oder von einem zu der andern Theilungsmasse Betheiligten erstritten werden müssen; daß dieses Verfahren im vorliegenden Falle auch um so richtiger und unbedenklicher erscheint, als nach Inhalt des Ehevertrages des Johann Alexius mit der jetzigen Ehefrau Braun die Gütergemeinschaft auf die Errungenschaft beschränkt worden, und ebenso das Einbringen jedes der beiden Ehegatten urkundlich festgestellt worden, sohin eine Vermischung des Vermögens derselben gar nicht stattgefunden, diesemnach aber, um zu einer die Gleichheit wahrenden Theilung zu gelangen, die Aufstellung und Auseinanderhaltung beider zu theilenden Vermögensmassen immerhin erforderlich gewesen;

J. E., daß es sonach in Bezug auf die Theilung des Vermögens der frühern Ehe auf den Nachweis der Seitens der Appellanten Erben Alexius aufgestellten Behauptung ankommt; daß aber die Ehefrau Braun die Richtigkeit der desfallsigen Aufstellungen ausdrücklich bestritten hat, über dieselbe eine kontradiktorische Verhandlung erforderlich und von dieser die beantragte zusätzliche Theilung ihrem Betrage nach abhängig ist, daß im Falle der Führung dieses Beweises zwar die Theilung des Vermögens dritter Ehe des Johann Alexius mit der Appellantin Ehefrau Braun nicht weiter zu Recht beständig ist, und beide Parteien berechtigt seyn würden, eine neue Theilung dieser Vermögensmasse zu verlangen; daß aber von keiner Seite bisheran die Aufhebung beantragt worden, sohin auch die endliche Entscheidung hierüber der weitern Verhandlung vorzubehalten;

Aus diesen Gründen

verordnet der Rh. A. G. H., ehe und bevor er über die eingelegte Berufung zu Recht erkennt, daß über die Seitens der Ehefrau Braun gemachten Einwendungen gegen die Aufstellung der Gegenpartei über das von Ersterer zu repräsentirende Quantum kontradiktorisch verhandelt werden soll, überläßt es dem fleißigern Theile zu diesem Ende und zur Entscheidung über die ferneren Anträge der Parteien eine Audienz auszuwirken u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 7. Januar 1848.

Advokaten: Forst — Stupp.

Privatförster. — Anstellung auf Lebenszeit. — Auflösung eines solchen Vertrages.

Die Anstellung eines Privatförsters auf Lebenszeit ist zulässig und widerspricht nicht dem Art. 1780 des B. G. B.

Die körperliche Unfähigkeit eines solchen, seinen Dienst zu versehen, berechtigt den Herrn nicht, den Vertrag aufzulösen.

Brügelmann — Hucklenbroich.

Im Jahre 1837 trat Heinrich Friedrich Hucklenbroich bei den Erben von Jakob Wilhelm Brügelmann als Unterförster auf Lebenszeit in Dienst und wurde als solcher am 19. Juli des genannten Jahres beim Friedensgerichte zu Ratingen vereidet. Durch Akt vom 24. November 1846 erklärten die Erben Brügelmann, namentlich Wilhelm Brügelmann und die Eheleute Julius von Owstien und Dorothea Brügelmann, dem rc. Hucklenbroich, ihn seines Dienstes bei ihnen zu entlassen. Dieser stellte darauf wider dieselben eine Klage beim Landgerichte zu Düsseldorf dahin an, daß die von den Beklagten einseitig verfügte Dienst-Entlassung als Brügelmann'scher Unterförster und Jäger für unwirksam zu halten, daß dem zufolge die Beklagten schuldig seyen, den mit ihm zufolge gerichtlicher Verhandlung vom 19. Juli 1837 auf Lebenszeit gegen ein jährliches Gehalt von 100 Thlr. nebst freier Dienstwohnung und der Benutzung von 4 Morgen Ackerland geschlossenen Dienstvertrag gegen das Erbieten des Klägers den ihm in obiger Eigenschaft obliegenden Verpflichtungen nachzukommen, fernerweit zu erfüllen, unter dem Präjudiz, daß dieselben im Entstehungsfalle schuldig seyen, den Kläger völlig zu entschädigen. Außerdem klagte er ein angeblich rückständiges Gehalt von 600 Thlr. ein. Seitens der Verklagten wurde die Höhe des Gehaltes und im Zusammenhange damit das Vorhandensein eines Rückstandes bestritten, sodann behauptet, die Aufkündigung des Vertrages sey aus dem doppelten Grunde gerechtfertigt, weil Kläger sowohl in seinem Dienste stets lässig gewesen, als auch seiner körperlichen Beschaffenheit, namentlich seines vorgerückten Alters wegen, nicht mehr im Stande sey, seinen Dienst als Waldaufseher gehörig und dem Umfange seines Distriktes entsprechend wahrzunehmen. Ueber

Ersteres wurde ein Beweis durch Zeugen, über Letzteres durch Sachverständige und Zeugen erboten. Durch Urtheil vom 22. Juni 1847 wies das Kgl. Landgericht die Klage, soweit sie auf Bezahlung des angeblichen Gehalts-Rückstandes gerichtet war, als unbegründet ab, entschied gleicher Maßen hinsichtlich der behaupteten Höhe des Gehalts zu Gunsten der Verklagten, erklärte die zum Beweise der Dienstversäumnisse des Klägers artikulirten Thatsachen für nicht concludent und den Beweis über die Abnahme der Körperkräfte des Klägers für ungenügend, um die Auflösung eines auf Lebenszeit geschlossenen Vertrags zu motiviren. Die den letztern Punkt betreffenden Erwägunsgründe sind folgende:

J. E., was den letztern äußerst subsidiarisch aufgestellten Beweissatz angeht;

Daß Kläger wegen seiner körperlichen Beschaffenheit, namentlich seines vorgerückten Alters wegen nicht mehr im Stande sey, seinen Dienst als Waldaufseher gehörig wahrzunehmen;

Daß die durch das Alter und den gewöhnlichen Lauf der Natur herbeigeführte Abnahme der Kräfte bei einer Anstellung auf Lebenszeit offenbar als eine von Seiten des Anstellenden veranschlagte und nothwendig eintretende Beschränkung in der zu erwartenden Erfüllung anzusehen ist;

Daß sich höchstens fragen kann, in wie weit, wenn der Ansteller die Dienste des Angestellten wegen Altersschwäche nicht mehr brauchen zu können meint, bei Abmessung der dem Letztern zu leistenden Entschädigung die geringere Befähigung desselben zur Leistung der ihm übertragenen Verpflichtungen Berücksichtigung finden müsse;

Daß aber niemals ein völliger Bruch des Dienstvertrages darauf gegründet werden kann;

Daß die Behauptung, daß Kläger an besonderen, bei seiner Anstellung auf Lebenszeit nicht vorauszusetzenden Krankheitsumständen leide oder sich gar seine angebliche Entkräftung durch eigene Verschuldung zugezogen habe, nicht aufgestellt worden ist;

Daß vielmehr der Umstand, daß in der Beweisposition der Beklagten das entschiedene Hauptgewicht auf die Kraftabnahme durch das Alter gelegt wird, auf das Gegentheil schließen läßt.

Demgemäß verurtheilte das Kgl. Landgericht die Verklagten, den Vertrag noch fernerweit zu erfüllen oder Schadensersatz zu bezahlen.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Verklagten die Haupt-, der Kläger die Incident-Berufung.

Zur Rechtfertigung der erstern wurde Folgendes geltend gemacht:

Ein Dienstvertrag auf Lebenszeit sey durch den Art. 1780 l. c. verboten, im Widerspruche mit der öffentlichen Ordnung und für beide Contrahenten absolut nichtig. Sirey 27. 2. 53 und 2. 92. Duranton Nro. 226. Zachariae fr. Ausg. III. p. 35. Duvergier Nro. 285. Der §. 28 des Gesetzes vom 7. Juni 1821 über die Bestrafung der Holzfrevel habe keine Ausnahme hiervon für Privatförster gemacht. Es werde nämlich nicht etwa ein Dienstvertrag auf Lebenszeit für erlaubt erklärt, sondern nur bestimmt, welchen gerichtlichen Glauben ein Förster habe, wenn er auf Lebenszeit angestellt worden. Das beziehe sich nur auf die alten Provinzen, für welche das besagte Gesetz auch gelte und wo allerdings ein solcher Vertrag zulässig sey. In der Rheinprovinz habe es aber auch an aller Veranlassung zu derartigen Bestimmungen gefehlt. Einmal nämlich habe dort niemals eine Beweistheorie gegolten, wie das Gesetz vom 7. Juni 1821 sie voraussetze, und der Richter habe immer einem einzelnen Zeugen vollen Glauben schenken können, so daß es also exzeptioneller Bestimmungen für die Beweiskraft der Aussage eines einzigen Zeugen nicht bedurft habe. Dann sey aber auch der gerichtliche Glaube der nur auf Zeit bestellten Privatförster bereits durch frühere Gesetze so ausreichend bemessen, daß eine Bestellung auf Lebenszeit denselben gar nicht vermehre, also wiederum überflüssig erscheine. Die Gesetze vom 15. September 1791 für die linke Rheinseite und vom 22. Juni 1811 Art. 61 und 143 für das Großherzogthum Berg geben nämlich schon den bloßen Protokollen eines auf Zeit bestellten Privatförsters gerichtliche Beweiskraft bis zur inscription en faux, also noch mehr wie das neue Gesetz den auf Lebenszeit bestellten. Sollte aber auch ein Dienstvertrag auf Lebenszeit rechtsbeständig seyn, so müsse er aufgelöst werden, wenn der eine Theil seinen Verpflich-

tungen nicht mehr nachkommen könne. Der Dienstvertrag auf Lebenszeit unterscheide sich vom Dienstvertrage auf Zeit nur durch die Dauer, nicht durch das Wesen. Es sey das aber anerkannt, daß wenn der Diener durch Krankheit verhindert werde, seinen Dienst zu verrichten, der Herr berechtigt sey, ihn auch vor Ablauf der bestimmten Dienstzeit zu entlassen. Ein Gleiches müsse also auch beim Dienstvertrage auf Lebenszeit eintreten. conf. Voet. Comm. ad Pand. XIX. 2 Nro. 27. Pothier. Louage Nro. 168. Troplong. Contrat de louage Nro. 874. Es liege aber auch gar nicht in dem Begriffe einer Anstellung auf Lebenszeit, daß dieselbe unabhängig von der Leistungsfähigkeit des Angestellten sey. Das beweisen sowohl die Staats- wie die Gemeinde-Beamten, welche, wenn auch auf Lebenszeit angestellt, immer wegen Dienstunfähigkeit entlassen werden könnten, wobei nur die Erstern, nicht die Letztern kraft der besondern Bestimmungen des Pensionsreglements einen Anspruch auf theilweisen Fortgenuß ihres Gehaltes hätten. Zur Bezahlung eines nach den Grundsätzen des Pensionsreglements für Staatsbeamte zu bemessenden lebenslänglichen Gehaltes seyen Appellanten bereit.

Außerdem wurden fernere Beweise über die Nachlässigkeit des Appellaten in seinem Dienste erboten.

Der Appellat erwiderte, das Gesetz vom 7. Juni 1821 habe unzweifelhaft einen Dienstvertrag auf Lebenszeit für Privatförster anerkannt und im Interesse der öffentlichen Ordnung zum Beweise der Holzfrevel eingeführt. Von einer Ungültigkeit desselben könne also keine Rede seyn. Eine Auflösung desselben wegen Körperschwäche des Angestellten sey unzulässig, da eben das Gehalt mit Rücksicht auf die gesicherte Stellung des in Dienst Genommenen auch so viel niedriger verabredet würde. Ein auf Lebenszeit bestellter Privatförster sey einem Beamten gleich zu achten; da aber für ihn kein Pensionsreglement bestehe, so habe er den Anspruch auf Fortbezug seines vollen Gehaltes. Die Erheblichkeit der über die Dienstversäumnisse des Appellanten erbotenen Beweise wurde bestritten; hinsichtlich der Höhe des Gehaltes die in erster Instanz gemachten Behauptungen wiederholt.

Das öffentl. Ministerium ging von der Ansicht aus, der Art. 1780 l. c. gebe nur dem Diener, nicht dem Herrn das Recht von einem Dienstvertrage auf Lebenszeit zurückzutreten;

es sey aber auch hinsichtlich der Privatförster die Anstellung auf Lebenszeit durch das Gesetz vom 7. Juni 1821 ausdrücklich zugelassen worden. Eine Auflösung eines solchen Vertrags wegen körperlicher Dienstunfähigkeit des Försters sey unstatthaft, wohl aber eine Auflösung wegen Verletzung desselben durch Dienstwidrigkeiten des Letztern; der hierüber erbotene Beweis sey also zulässig und auch in der angebotenen Form relevant.

In Uebereinstimmung mit diesem Antrage erkannte der Hof durch folgendes

Urtheil:

J. E. auf die Incident-Berufung:

Daß dem Incident-Appellanten der Beweis seiner der Klage zum Grunde gelegten Behauptung obliegt, daß ihm für die fragliche Forst- und Jagd-Aufsicht Seitens der Appellaten jährlich 100 Thlr. in Gelde und außerdem eine Wohnung nebst der Benutzung von 4 Morgen zugesichert sey;

Daß aber der Inhalt der desfalls in Bezug genommenen Urkunden, nämlich des Vereidungsprotokolles und des produzirten Schreibens des rc. Zimmermann nicht einmal wahrscheinlich macht, daß dem Incident-Appellanten bei seiner Anstellung auf Lebenszeit ein Mehreres zugesichert worden, als die Incident-Appellaten zugeben und unbestritten bis zum 1. Mai 1847 gewährt haben, nämlich 55 Thlr. in Geld und 45 Thlr. in der Benutzung einer Wohnung und einiger Morgen Land;

Daß hiernach Präsumtionen zu Gunsten der Behauptung des Incident-Appellanten nicht einmal zulässig sind, — die Zulassung desselben zu dem angebotenen Erfüllungseide nicht begründet ist, und der fernere Subsidiar-Antrag desselben auf Abschätzung des Werthes der Benutzung der bisher von ihm benutzten Wohnung und 4 Morgen Land als unerheblich nicht zu berücksichtigen ist; somit die Incident-Berufung verworfen werden muß;

J. E. auf die Hauptberufung:

Daß Appellat in Gemäßheit des §. 28 des Gesetzes vom 7. Juni 1821 Seitens der Appellanten auf Lebenszeit unter Zusicherung eines bestimmten jährlichen Gehaltes als Forst- und Jagd-Aufseher bestellt ist;

Daß die von den Appellanten angefochtene Rechtsverbindlichkeit solcher Anstellung durch den §. 28 des erwähnten Gesetzes ausdrücklich anerkannt ist; übrigens aber auch der von den Appellanten in Bezug genommene Art. 1780 des B. G. B. der Rechtsverbindlichkeit einer solchen Anstellung nicht widerspricht, da bei einer solchen Anstellung das Recht des Angestellten, demnächst auf die Stelle verzichten zu können, als sich von selbst verstehend, vorausgesetzt wird;

J. E. soviel den Seitens der Appellanten zur Begründung der Auflösung des fraglichen Dienstverhältnisses geltend gemachten Umstand betrifft, daß Appellat wegen seiner körperlichen Beschaffenheit und namentlich wegen seines vorgerückten Alters nicht mehr im Stande sey, seinen Dienst als Waldaufseher gehörig und dem Umfange seines Districtes, welcher 2000 Morgen groß sey, entsprechend wahrzunehmen;

Daß eine in Gemäßheit des Gesetzes vom 7. Juni 1821 Seitens des Privatforsteigenthümers vorgenommene Anstellung eines Forstaufsehers auf dessen Lebenszeit nicht als ein gewöhnlicher Vertrag über die Leistung bestimmter Dienste und deren Vergütung, sondern mit Rücksicht auf die Analogie der lebenslänglichen Anstellung öffentlicher Beamten, und namentlich mit Rücksicht auf den Umstand zu interpretiren ist, daß das Gesetz, indem es als Bedingung der Vereidung und besonderen Glaubwürdigkeit der Privatforstaufseher deren Anstellung „auf Lebenszeit" fordert, von der Voraussetzung ausgeht, daß der Privatforstaufseher durch diese Anstellung auf Lebenszeit eine von der Gunst oder Ungunst des Privatforsteigenthümers unabhängige, für die Dauer seines Lebens gesicherte Existenz habe;

Daß hiernach angenommen werden muß, daß durch solche Anstellung auf Lebenszeit dem Angestellten das bei seiner Anstellung ihm versprochene Gehalt nicht blos unwiderruflich auf so lange, als er die fragliche Aufsicht gehörig zu führen im Stande seyn werde, sondern für die Dauer seines Lebens, mithin auch für den, bei einer Anstellung auf Lebenszeit vorauszusehenden und deshalb als vorausgesehen zu betrachtenden Fall des in Folge von Alter oder Krankheit eintretenden Unvermögens die fragliche Aufsicht gehörig und dem Umfange des betreffenden Forstdistriktes entsprechend wahrzunehmen, ungeschmälert zugesichert sey;

Daß demnach der Seitens der Appellanten artikulirte Umstand, daß Appellat wegen seiner körperlichen Beschaffenheit und namentlich wegen vorgerückten Alters nicht mehr im Stande sey, seinen fraglichen Dienst gehörig und dem Umfange seines Distriktes entsprechend wahrzunehmen, nicht geeignet ist, die Appellanten zu berechtigen, dem Appellaten das ihm bei seiner Anstellung auf Lebenszeit zugesicherte Diensteinkommen ganz oder auch nur theilweise zu entziehen, und das subsidiarische, auf diesen Umstand bezügliche Beweiserbieten der Appellanten als unerheblich nicht zu berücksichtigen ist;

J. E. soviel die ferner Seitens der Appellanten als Grund zur Auflösung des fraglichen Dienstverhältnisses geltend gemachte angebliche Verletzung der vertragsmäßigen Obliegenheit des Appellaten anbelangt:

Daß die desfalls in gegenwärtiger Instanz artikulirten Thatsachen in ihrem Zusammenhange geeignet sind, die Annahme zu begründen, daß Appellat seine in Frage stehenden Verpflichtungen in solchem Grade verletzt habe, daß dadurch das Recht der Appellanten auf Auflösung des fraglichen Dienstverhältnisses begründet werde; daß auch der Zeugenbeweis über diese Thatumstände zulässig erscheint;

Daß mithin, da Appellanten sich zu dem Beweise dieser Thatumstände subsidiarisch erboten haben, vor weitererer Entscheidung über die Hauptberufung sowie über die Kosten auf diesen Beweis zu erkennen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 22. Juni 1847 eingelegte Incidentberufung, und läßt vor weiterer Entscheidung über die Hauptberufung sowie wegen der Kosten die Hauptappellanten zum Beweise durch Urkunden und Zeugen darüber zu:

1) daß Appellat troß mehrfacher mündlicher und schriftlicher Anmahnungen das seiner Aufsicht überwiesene Waldrevier nicht fleißig beaufsichtigt habe;

2) daß er seit seiner Vereidung (19. Juli 1837) nur zehn Frevel zur Anzeige gebracht, obschon das fragliche Revier die zahlreichsten Spuren begangener Frevel an sich getragen und auch ein anderer Förster der Appellanten in demselben Revier und in derselben Zeit 129 Frevel zur Bestrafung gebracht habe;

3) daß die Ehefrau des Appellaten im Sommer 1846 100 Schritt von ihrer gemeinschaftlichen Wohnung ertappt worden, als sie in den Waldungen der Appellanten junge Buchen abgehauen;

beauftragt das Kgl. Friedensgericht zu Ratingen mit der Zeugenvernehmung, setzt die Frist zur Antretung des Zeugenbeweises auf 4 Wochen von Zustellung des gegenwärtigen Urtheils an fest, und verordnet, daß die Zeugenvernehmungs-Verhandlung in Urschrift an das Sekretariat des A. G. H. einzusenden u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 15. Dezember 1847.

Advokaten: Herbertz — Borchard.

Interlocut. — Zulässigkeit des Zeugenbeweises. — Acquiescement. — Berufung.

Das Urtheil, welches einen Zeugenbeweis auferlegt, ist in Bezug auf die **Zulässigkeit des Zeugenbeweises** als ein definitives zu betrachten. Die Partei, welche diese Zulässigkeit bestreiten will, muß daher **vor der Vollziehung** jenes Urtheils die Berufung einlegen, indem ihre Mitwirkung bei der Vollziehung desselben ein Acquiescement darstellt.*)

Wergifosse — Souvigny.

Souvigny hatte im Jahre 1844 für 3000 Thlr. Aachen-Gladbacher-Eisenbahn-Actien gezeichnet. Er behauptete, daß Wergifosse, in dessen Besitze die Interimscheine sich befänden, diese Actien übernommen habe, und belangte daher, als er von der Eisenbahn-Gesellschaft wegen Einzahlung von 4 1/2 % in Anspruch genommen wurde, den Wergifosse bei dem H. G. zu Aachen, um erkennen zu hören, daß er verpflichtet sey, zu seiner Entlastung alle aus der Zeichnung hervorgehenden Verbindlichkeiten zu übernehmen, also auch die jetzt geforderte Summe zu zahlen. — Durch Urtheil vom 15. Mai 1847 ließ das Handelsgericht den Souvigny zum Beweise durch Zeugen darüber zu, daß Wergifosse die Actien-

*) Arch. 21. 1. 239. — 32. 2. 10. — 41. 1. 285 (in der Note.) cf. Code annoté de Sir. par Gilbert. ad Art. 1351 Nro. 40 u. 41.

zeichnungen für eigene Rechnung übernommen habe. In dem desfallsigen Termine erschien Wergifosse durch seinen Bevollmächtigten, widersetzte sich auch an und für sich der Vornahme des Beweisverfahrens nicht, sondern brachte nur gegen den von Souvigny produzirten Zeugen eine Reproche vor. — Durch Endurtheil vom 15. Juli 1847 verurtheilte sodann das Handelsgericht, indem es den Beweis für erbracht erklärte, den Wergifosse, den Souvigny von allen Verbindlichkeiten aus jenen Actienzeichnungen zu befreien.

Von beiden Urtheilen legte Wergifosse die Berufung ein und zwar von dem Interlocut deshalb, weil der erste Richter auf einen in dieser Sache unzulässig gewesenen Zeugenbeweis nicht habe erkennen dürfen.

Dieser Berufung wurde Seitens des Appellaten Souvigny die Einrede der Unannehmbarkeit entgegengesetzt, und diese darauf gestützt, daß das Urtheil vom 15. Mai 1847 in Bezug auf die Zulässigkeit des Zeugenbeweises ein definitives sey, daß aber Wergifosse bei dessen Vollziehung zugegen gewesen und mitgewirkt, dasselbe also anerkannt und seine Beruhigung dabei an Tag gelegt habe.

Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, daß die Einrede der Unannehmbarkeit zu verwerfen, die Berufung vielmehr auch in Bezug auf die Zulässigkeit des Zeugenbeweises noch zulässig sey. Es wurde zur Begründung dieser Ansicht auszuführen versucht: Jedes Interlocut, welches ein Zeugenbeweisverfahren verordne, enthalte nothwendig eine dreifache Entscheidung, nämlich 1) über die Beweislast, 2) über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises und 3) über die Relevanz der zum Beweise articulirten Thatsachen. Wenn es nun anerkannten Rechtens sey, daß der Richter an sein Interlocut nicht gebunden sey, und daß die Partei, welche sich durch ein Interlocut beschwert glaube, durch die Vollziehung desselben nicht gehindert werde, mit der Berufung von dem Endurtheile zugleich auch von dem Interlocute zu appelliren, so scheine es an jedem Grunde zu fehlen, weshalb man diese Grundsätze nur in Bezug auf einen oder zwei dieser Bestandtheile eines jeden Interlocuts — etwa die Relevanz und die Beweislast —, nicht aber auch in Bezug auf den Dritten — die Zulässigkeit des Zeugenbeweises — als richtig anerkennen wolle. Das Gesetz gebe dazu um so weniger Veranlassung, als es im Art. 451 der

B. P. O. ohne Unterscheidung zwischen den verschiedenen nothwendigen Bestandtheilen eines Interlocuts ganz allgemein gestatte, sowohl sogleich als auch mit dem Endurtheile davon zu appelliren, also auch eben so allgemein anerkenne, daß alles, was in Gemäßheit des interlocutorischen Urtheils von den Parteien geschehen, als eine förmliche Anerkennung desselben, als ein Acquiescement nicht angesehen werden könne. — Aber auch außer dem Gesetze scheine kein Grund für eine solche Unterscheidung zu liegen. Derjenige, welcher die von der Gegenpartei zu beweisenden Thatsachen für irrelevant halte, könne es erst abwarten wollen, ob diese den Beweis erbringen werde, ehe er die Frage der Relevanz mit der Berufung von dem Endurtheile vor den zweiten Richter bringe. Ebenso könne derjenige, welchem (gleichviel ob nach vorherigem Bestreiten oder nicht) die Beweislast auferlegt worden, sich derselben, in der festen Ueberzeugung, er werde den Beweis erbringen, unterziehen, ohne sich dadurch das Recht zu vergeben, später und wenn er sich in seinen Erwartungen getäuscht sieht, die Beweislast zu bestreiten. Warum solle nun derjenige, welcher den Zeugenbeweis für unzulässig und sich deshalb durch das Interlocut für beschwert halte, nicht auch abwarten können, ob die Gegenpartei den Beweis zu erbringen im Stande seyn werde, ob er also überhaupt eine gegründete Veranlassung haben werde, sich gegen das Urtheil, welches den Zeugenbeweis, sey es expresse, sey es implicite, für zulässig erklärte, zu beschweren. — Jede Vollziehung eines Urtheils involvire allerdings ein Acquiescement; bei einem Interlocute aber äußere dieß nur insoferne eine Wirkung, als dadurch die Berufung vor dem Endurtheile unzulässig werde; und wenn dies in Bezug auf die Relevanz der zu beweisenden Thatsachen und die Beweislast, über welche die Parteien mehr oder weniger zu paciseiren berechtigt seyen, gelte, so müsse es um so mehr in Bezug auf die Zulässigkeit des Zeugenbeweises gelten, indem es den Parteien nicht einmal zustehe, im Wege einer Vereinigung oder eines Vergleiches, um soviel weniger also durch ein stillschweigendes Acquiescement, einen Zeugenbeweis dort zulässig zu machen, wo das Gesetz ihn nicht gestatte.

Der A. G. H. erklärte jedoch die Berufung von dem gedachten Interlocute für unannehmbar durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß das Urtheil vom 15. Mai 1847 dem Appellaten aufgab, durch Schriften und Zeugen zu beweisen, daß Appellant die durch den Appellaten bei der Aachen-Gladbach-Neußer-Eisenbahn-Gesellschaft geschehene Actienzeichnung von 3000 Thlr. für eigene Rechnung übernommen habe;

Daß dieses Zwischenurtheil eine zweifache Verfügung enthielt, nämlich 1) daß die bezeichnete Thatsache als eine für die Entscheidung der Hauptsache erhebliche durch Beweisaufnahme festzustellen sey, und 2) daß zu diesem Zwecke das Mittel der Abhörung von Zeugen angewendet werden solle;

Daß die erstere Verfügung eine solche ist, deren schließliche Bedeutung, abgesehen nämlich davon, daß die verordnete Beweisaufnahme der Instruction der Sache eine bestimmte Richtung gab, sich darauf beschränkte, daß nach der Ansicht des Richters die zum Beweise gestellten Thatsachen für die Endentscheidung von Erheblichkeit waren, daß aber die in den Urtheilen dieser Art, welche, wie sich das Gesetz ausdrückt, préjugent le fond, ausgesprochene Rechtsansicht zufolge der in dem Gesetze anerkannten Natur der Sache nicht unabänderlich ist, sondern so lange das Endurtheil nicht ergangen ist, als unrichtig zurückgenommen, enventuell zugleich mit diesem durch Berufung angefochten werden kann;

Daß dagegen die zweite Verfügung eine Entscheidung enthält, daß die Aufnahme eines Beweismittels statt finden solle, welches das Gesetz nur unter gewissen Voraussetzungen zuläßt, unter anderen verbietet, daß durch das Endurtheil das Unrecht, welches durch die Vornahme einer von dem Gesetze verbotenen Operation geschehen ist, nicht mehr reparirt werden kann, und daß daher vermöge einer in der Natur der Sache begründeten Nothwendigkeit die Berufung von einem solchen Urtheile vor dessen Vollziehung eingelegt werden muß;

J. E., daß nun aber Appellant durch seinen Bevollmächtigten dem durch das Urtheil vom 15. Mai 1847 verordneten Zeugenverhöre beigewohnt, gegen dessen Vornahme keinen Widerspruch erhoben, sondern zu demselben in so fern mitgewirkt hat, als er gegen den von dem Appellaten produzirten Zeugen eine Reproche vorbrachte;

Daß daher der der Berufung von dem gedachten Urtheile entgegengesetzten Einrede der Unannehmbarkeit, so weit

es sich um die Zulässigkeit des Zeugenbeweises handelt, als begründet erscheint;

Daß gegen den übrigen Theil dieses Urtheiles keine Beschwerden erhoben worden sind;

J. E., daß das Urtheil vom 15. Juli 1847 sich durch die in demselben enthaltenen Gründe rechtfertigt;

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Rh. A. G. H. die von dem Urtheile des Kgl. Handelsgerichtes zu Aachen vom 15. Mai 1847 eingelegte Berufung, in so weit dasselbe den Zeugenbeweis zugelassen hat, für unannehmbar, verwirft die Berufung von dem Urtheile desselben Gerichts vom 15. Juli 1847, und verurtheilt den Appellanten in die Kosten dieser Instanz und in die gesetzliche Succumbenzstrafe, u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 22. November 1847.

Advokaten: Compes — Stupp.

Theilung der Eltern unter ihre Kinder. — Uebernahme lebenslänglicher Leistungen bei Gelegenheit einer solchen Theilung.

Elterliche Theilungen können auch in die Form lästiger Verträge eingekleidet werden.

Uebernimmt Eines der Kinder bei Gelegenheit einer elterlichen Theilung lebenslängliche Leistungen gegen den Parens: so findet wegen Ueberschreitung der disponibeln Quote der Art. 918 des B. G. B. Anwendung und diejenigen Kinder, welche durch Vollziehung des Vertrages denselben anerkannt haben, können ihn später nicht mehr anfechten.*)

Tollmanns — Tollmanns.

Am 29. Juni 1819 schlossen die Eheleute Diedrich Tollmanns und Mechtildis Loos mit ihrem Sohne Hermann

*) cf. wegen der hier vorkommenden Fragen die mehr oder minder verwandten Fälle im Rh. Arch. Bd. 26. 1. 185. — 29. 1. 154. — 33. 1. 161. — 34. 1. 165. — 36. 1. 266. — 37. 1. 129. — 38. 1. 181. — 39. 1. 46. — 40. 1. 21 u. 222. — 42. 1. 126.

Tollmanns einen sogenannten Abstandsvertrag, wodurch sie demselben den von ihnen bis dahin besessenen, zu Friemersheim belegenen Tollmannshof gegen eine Abstandssumme von 10800 Thlr. Clevisch übertrugen. Diese Summe sollte in gleichen jährlichen Raten an die einzelnen Geschwister des Annehmers Hermann Tollmanns und zwar in der Reihenfolge ihres Alters abgetragen werden. Der Antritt des Hofes, (die s. g. Meisterschaft) sollte erfolgen, wann es dem Vater gefiele. Sobald jedoch der Sohn die Meisterschaft angetreten, sollte er seinen Eltern eine s. g. Tucht, bestehend in 12 Maltern verschiedener Frucht, in Flachs, Kleidern rc. alljährlich lebenslänglich geben und sie auch bis zu ihrem Tode in dem Hofe wohnen lassen, alimentiren und verpflegen. Außerdem wurde noch zu Gunsten der andern Geschwister des Hermann Tollmanns bestimmt, daß er sie, so lange sie unverheirathet blieben, auf dem Hofe beköstigen und verpflegen und ihnen, wenn sie heiratheten, eine näher bestimmte Aussteuer geben sollte. Für den Fall, daß der Hermann Tollmanns nicht nach dem Willen seiner Eltern heirathen würde, sollte es dem Vater freistehen, von dem Vertrage abzugehen und den Hof einem seiner andern Kinder unter obigen Bedingungen zu überlassen. Der ganze Vertrag wurde durch notariellen Akt in den gewöhnlichen Formen beurkundet.

Im Jahre 1822 starb die Mechtildis Loos, Ehefrau Tollmanns. Unterm 11. April 1823 kam darauf ein zweiter, ebenfalls notariell vollzogener Vertrag zwischen dem Vater Diedrich Tollmanns, seinem Sohne Hermann und seinem Sohne Johann Heinrich folgenden Inhalts zu Stande:

Diedrich Tollmanns und Hermann Tollmanns erklärten, daß sie aus verschiedenen Gründen dahin übereingekommen seyen, daß der Abstandsvertrag vom 29. Juni 1819 von nun an aufgehoben, und als nicht geschlossen zwischen den Parteien betrachtet werden solle. Der Hermann Tollmanns retrocedire daher förmlich und stehe wieder zum völligen Eigenthume ab, seinem Vater alle Grundstücke rc., wovon im bemeldeten Kontrakte die Rede sey, wogegen der Vater ihn auch von allen gegen ihn selbst, gegen seine übrigen Kinder und gegen jeden Andern eingegangenen Pflichten und Obliegenheiten gänzlich entbinde. Demnach erklärte der Vater Diedrich Tollmanns, daß er mit seinem Sohne Johann Heinrich folgende Demission mit Zustimmung seines Sohnes

Hermann abgeschlossen habe: er übertrage daher und überlasse von nun an und für immer unter dem Versprechen der gesetzlichen Gewähre und unter dem Titel einer Demission, seinem Sohne Johann Heinrich, der dieß acceptire, den fraglichen näher beschriebenen Tollmannshof. Der Annehmer solle von nun an unumschränkt als Eigenthümer über die ihm übertragenen Güter schalten und walten, auch sich um Ostern 1826 in wirklichen Besitz und Genuß setzen können.

Die Bedingungen dieses Uebertrags sind im Wesentlichen dieselben, wie bei dem erstrelatirten Vertrage. Die Zahlung der Abstandsgelder geschieht wieder in jährlichen Raten an die einzelnen Geschwister, beginnend mit dem ersten Jahre nach Antritt der Meisterschaft; und der Vater behält sich, wie früher, die lebenslängliche Alimentation und dieselben jährlichen Prästationen, wie in dem ersten Akte, vor.

Im Jahre 1826 trat Johann Heinrich Tollmanns wirklich in Besitz des Gutes und bezahlte successive an die einzelnen Geschwister einen Theil der fällig werdenden Raten des Kaufpreises, worüber diese denn auch Quittungen ausstellten.

Im Jahre 1844 starb Diedrich Tollmanns und nun klagten unterm 16. Januar 1845 Georg Tollmanns und mehrere der Kinder gegen den Johann Heinrich Tollmanns und die andern Geschwister auf Theilung des Nachlasses der Eheleute Diedrich Tollmanns und Mechtildis Loos. Johann Heinrich Tollmanns erklärte, daß er der Klage, soweit sie auf Theilung der im Zimmer des Diedrich Tollmanns befindlichen Gegenstände gerichtet sey, keinen Widerspruch entgegensetze, im Uebrigen aber darauf antrage, dieselbe als gänzlich unbegründet abzuweisen. Die andern Verklagten adhärirten dem klägerischen Antrage. Zunächst verordnete das Kgl. Landgericht durch Urtheil vom 6. Mai 1845 die Inventarisirung und Bildung der Masse vor Notar.

Hier stellten die Kläger und die ihnen adhärirenden Verklagten die Behauptung auf, daß der ganze Tollmannshof mit allen seit 1826 davon gezogenen Früchten und Nutzungen zur Masse gezogen und von Johann Heinrich Tollmanns rapportirt werden müsse. Dieser dagegen nahm denselben auf Grund des Aktes von 1823 für sich in Anspruch und bestritt jede Verpflichtung zum Rückbringen. Zur Begründung ihrer Ansprüche machten die Kläger geltend, die beiden

Verträge von 1819 und 1823 seyen elterliche Theilungen und deshalb, wegen Nichtbeobachtung der in den Art. 1076 u. flgd. vorgeschriebenen Förmlichkeiten nichtig; der Akt von 1819 enthalte auch eine reine Potestativbedingung in der Klausel, daß es dem Vater freistehe den Uebertrag aufzulösen, wenn sein Sohn wider seiner Eltern Willen heirathe; keinen Falls habe der Vater Diedrich Tollmanns aber in dem Akte von 1823 auch über den von seiner Ehefrau herrührenden Theil des Hofes verfügen können, da dieser durch den Tod derselben bereits sämmtlichen Kindern anerfallen gewesen; endlich enthalte der Vertrag von 1823 eine Verletzung der disponibeln Quote, weshalb Kläger eine Expertise darüber beantragten, welchen Werth die übertragenen Immobilien zur Zeit des Todes des Diedrich Tollmanns und die Mobilien zur Zeit der Uebernahme gehabt hätten.

Seitens des Johann Heinrich Tollmanns wurde erwidert, der Akt von 1823 sey ein lästiger Vertrag und bedürfe keiner andern Form, als jeder Kaufvertrag; er falle aber auch unter den Art. 918 des B. G. B. und könne von den Klägern nicht mehr angefochten werden, da diese sämmtlich durch Empfangnahme verschiedener Theilzahlungen denselben anerkannt hätten. In dem Vertrage von 1823 habe der Vater Diedrich Tollmanns nicht über Vermögenstheile verfügt, welche den Klägern durch den Tod ihrer Mutter zugefallen seyen: sondern er habe den Tollmannshof zuerst von seinem Sohne Hermann zurückübertragen erhalten und dann darüber in dem Vertrage mit Johann Heinrich Tollmanns weiter verfügt. Es sey also der Akt in jeder Beziehung rechtsbeständig.

Das Kgl. Landgericht erkannte über diese Kontestationen durch Urtheil vom 16. Dezember 1846 in folgender Art:

Es erwog, daß die angefochtenen Verträge sich als wesentlich lästige Verträge, als Kaufverträge verbunden mit Alimentationsverträgen, darstellten und deshalb der Formen der Art. 1076 u. flgd. nicht bedürften; daß die Theilungskläger den Akt von 1823 auch nicht wegen des der Ehefrau Tollmanns am Tollmannshof etwa zuständig gewesenen Antheils anfechten könnten, da beide Eltern den Tollmannshof im Jahre 1819 dem Hermann Tollmanns zum vollen Eigenthum übertragen hätten und dieser denselben im Akte von 1823 wiederum an den Vater zum vollen Eigenthume veräußert

habe, daß Kläger diese Disposition um so weniger anfechten könnten, als sie Erben des Hermann Tollmanns geworden seyen und dessen Fakta vertreten müßten; daß der Art. 918 des B. G. B. nicht Anwendung finde, weil die in den Verträgen von 1819 und 1823 bedungene Alimentation und Verpflegung der Veräußerer nur eine Neben- oder partielle Bestimmung dieser Kontrakte ausmache; daß daher Johann Heinrich Tollmanns zum Rückbringen der in den fraglichen Akten ihm zugewendeten Vortheile gehalten sey, jedoch nur insoweit als dieselben die disponible Quote überschritten, da aus dem Inhalte der Urkunden selbst, sogar aus ihren Worten die Absicht des Vaters ersichtlich sey, dem Kinde, welches den Hof erhalte, die disponible Quote zuzuwenden. Demgemäß wies das Kgl. Landgericht den Antrag der Kläger auf Theilung nach gleichen Quoten schon sofort ab und verordnete die Einholung einer gutachtlichen Aeußerung von Sachverständigen darüber, welchen Werth die übertragenen Mobilien zur Zeit der Uebernahme und die Immobilien zur Zeit des Todes des Diedrich Tollmanns gehabt hätten.

Gegen dieses Urtheil appellirte der Johann Heinrich Tollmanns prinzipaliter, die andern Parteien inzidenter. Für den Hauptappellanten wurde Folgendes geltend gemacht:

Was die Form des Vertrages betreffe, so seyen die Erwägungsgründe des Richters a quo vollständig begründet; ebenso hinsichtlich der Frage, ob Diedrich Tollmanns im Jahre 1823 über den ganzen Tollmannshof, auch soweit solcher früher seiner Ehefrau zugehört habe, habe verfügen können. Dieß einmal vorausgesetzt, frage es sich, welche gesetzliche Bestimmungen auf den Vertrag von 1823 Anwendung finden, und da behaupte der Appellant zunächst, daß der Art. 918 durchgreife. Dieser Artikel setze gar nicht voraus, daß außer den lebenslänglichen Leistungen des Erwerbers an den Veräußerer gar keine andern vorkämen; eine solche Verbindung beider Arten von Leistungen müsse sogar immer eintreten, wenn unter Vorbehalt der Nutznießung anders als schenkweise veräußert worden sey. Auch würde dann die Bestimmung des Artikels leicht umgangen werden können, wenn man zur Anwendung derselben ausschließlich an das Leben des Veräußernden geknüpfte Prästationen fordere. Man müsse vielmehr annehmen, daß soweit der Werth der andern Leistungen reiche, die Veräußerung rein oneros sey, der da-

über hinausgehende Werth aber gegen die lebenslänglichen Prästationen veräußert worden sey. Damit stimme auch die französische Jurisprudenz, namentlich die Urtheile bei Sirey 11. 1. 33. — 11. 2. 1. 282. — 11. 4. 2. 30. überein. Wenn aber der Art. 918 anwendbar sey, so könnten Appellaten den Akt von 1823 nicht mehr wegen Verletzung der disponibeln Quote anfechten, da sie denselben durch Annahme der ihnen zugewiesenen Raten des Kaufpreises anerkannt hätten.

Wolle man aber materiell den Akt von 1823 für eine elterliche Theilung ansehen, so sey nur eine Klage auf Rescission gegen denselben zulässig; diese sey eines Theils verjährt, andern Theils könne sie aber auch nur auf die Behauptung einer Verletzung über ein Viertel zur Zeit des Aktes gestützt werden und eine solche Behauptung werde von Appellaten nicht aufgestellt. Beides folge aus den Worten des Art. 1079: Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart; il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. Dieser Artikel unterscheide in seinen beiden Hälften die Rescissionsklage wegen Verletzung (lésion) über ein Viertel genau von der Reductionsklage wegen Ueberschreitung der disponibeln Quote (excédant de la quotité disponible.) Die Rescissionsklage wegen Verletzung sey keine andere als die im Art. 887 bei jeder Theilung gegebene. Dies ergäben nicht nur die Ausdrücke des Artikels selbst, sondern insbesondere der Vortrag Jauberts im Tribunate (Locré V. p. 361.); daraus folge, daß diese Klage nach dem Art. 1304 in 10 Jahren vom Tage des Aktes verjähre und daß sie nach dem Art. 890 c. c. nur auf eine Verletzung von mehr wie einem Viertel zur Zeit der Theilung gestützt werden könne. Die Verjährung müsse vom Tage des Aktes und nicht etwa des Todes des Ascendenten an gerechnet werden, da dieselbe sich nicht darauf gründe, daß der klagende Theil in seinem Erbrechte, sondern darauf, daß er durch die Theilung verletzt worden sey. Bei einer Theilung unter Lebenden entäußere sich der theilende Parens sofort und unwiderruflich der getheilten Objekte, jedes der Kinder wisse sogleich, ob es bei dieser Theilung um ein Viertel verkürzt werde und müsse demgemäß sich auch in 10 Jahren

zur Anstellung der Klage entschließen. Das sey auch die zur Geltung gelangte Ansicht der französischen Jurisprudenz, namentlich der Urtheile bei Sirey 36. 2. 78; 1. 534. — 39. 2. 50. — 40. 2. 204. — 42. 2. 433. — 46. 2. 241. — 44. 2. 669. — 45. 1. 305. Vazeille art. 1080 nro. 2. Duranton 9 nro. 646 u. 647. Roland de Villargues Rép. du notaire v°. Partage d'ascendant nro. 102. Zachariae franz. Ausg. 2. §. 337 note 23. Im vorliegenden Falle handle es sich nun gerade um eine Theilung unter Lebenden, da die Kinder alle in festbestimmten Perioden, unabhängig vom Tode des Vaters in Besitz treten sollten und auch getreten seyen. Auch läge nicht der Fall der 2. Hälfte des Art. 1079 vor, da neben der Theilung keine weitern Verfügungen zum Voraus getroffen worden. Die Klage sey also verjährt und unbegründet, da keine Verletzung durch den Akt selbst behauptet werde.

Wolle man aber endlich den Akt unter den Art. 853 subsumiren, wie das Landgericht gethan habe, und ihn nicht als elterliche Theilung ansehen: so müsse wiederum bewiesen werden, daß er zur Zeit des Abschlusses einen indirekten Vortheil für den Appellanten enthalten habe, und darüber sey kein Beweis erboten. Es könne in diesem Falle aber auch nur das, was im Jahre 1823 indirekter Vortheil gewesen, zum Rapport kommen und nicht etwa der Mehrwerth des Gutes, den es im Jahre 1844 gegen den Kaufpreis vom Jahre 1823 habe. Demnach trug der Hauptappellant auf Abweisung der Klage als verjährt oder unbegründet an.

Seitens der Inzidentappellanten wurde vor Allem hervorgehoben, daß der Akt von 1819 sowohl, wie jener von 1823, seinem innersten Wesen nach eine elterliche Theilung darstelle und deshalb nichtig sey, weil nicht alle Kinder dabei concurrirt hätten (Arch. 26. 1. 185. Triersche Annalen 2. 203.) Verjährung könne nicht geltend gemacht werden, da den Kindern das Recht, den Akt anzufechten nur erst durch den Tod des Vaters eröffnet worden sey. Der Art. 918 könne keine Anwendung finden, da die Alimentation des Vaters außer Verhältniß zu dem viel wesentlicheren Kaufpreise stehe, der an die Geschwister habe bezahlt werden müssen. Jedenfalls enthalte der Akt von 1823 eine vollständige Auflösung des Aktes von 1819, es sey also der Antheil der Ehefrau Kollmanns auf sämmtliche Kinder zurückgefallen und insoweit der Vertrag von 1823 ungültig.

Die Inzidentappellanten wiederholten daher ihren ursprünglichen Antrag auf Kollation des ganzen Tollmannshofes, jedenfalls des davon der Ehefrau Tollmanns zugehörig gewesenen Antheils.

Das öffentl. Ministerium nahm seinen Antrag dahin, unter Verwerfung der Incidentberufung die Hauptberufung anzunehmen und die Klage auf Theilung des Tollmannshofes abzuweisen. Dasselbe führte an, die beiden Verträge von 1819 und 1823 seien formell gültig, da auch eine elterliche Theilung, wie jede andere Schenkung, in die Form eines onerosen Vertrags gekleidet werden könne. Auch sey der Vater Tollmanns wohl befugt gewesen, durch den Act vom Jahre 1823 über den ganzen Tollmannshof zu verfügen, da ihm der ganze Hof von seinem Sohne Herrmann übertragen worden und er hierdurch entweder Eigenthümer desselben geworden, oder doch zu seinem Sohne Hermann in das Verhältniß eines Mandatars zu dem Mandanten getreten sey. Zur Sache selbst finde der Art. 918 l. c. Anwendung, da derselbe nicht an das Vorhandenseyn ausschließlich auf Lebenszeit des Veräußernden berechneter Leistungen gebunden sey. Vorliegend hätten die Inzidentappellanten sämmtlich durch Vollziehung die Veräußerung anerkannt, könnten daher eine Verletzung der disponibeln Quote nicht mehr rügen. Die Klage sey aber auch um deswillen unbegründet, weil nicht behauptet werde, daß in dem Theilungsakte selbst eine Verletzung über ein Viertel liege, während der Art. 1079 l. c. sowohl in seiner ersten wie in seiner zweiten Hälfte eine Verletzung durch die Theilung selbst voraussetze und erfordere, um die Klage zu rechtfertigen.

Der A. G. H. erkannte hierauf, wie folgt:

J. E., daß der gemeinsame Erblasser der Parteien, Diedrich Tollmann, durch notariellen Vertrag vom 11. April 1823 dem Appellanten den Tollmannshof zum Eigenthume, welches sofort übergehen sollte, auf unwiderrufliche Weise übertrug, wogegen Appellant sich zu der in bestimmten Terminen zu leistenden Zahlung von 10800 Thlr. clevisch, zu einer fernern erst nach dem Tode des Diedrich Tollmann fällig werdenden Zahlung von 1000 Thlr. clevisch, zur lebenslänglichen Gewährung einer freien Wohnung und des freien Tisches, zur lebenslänglichen Lieferung einer Quantität von Korn und

anderer Lebensbedürfnisse und zu mehreren sonstigen Leistungen verpflichtete; daß die Geldzahlungen und ein Theil der stipulirten anderen Leistungen zu Gunsten der übrigen Kinder des Uebertragenden ausbedungen wurden und zwar in einer Weise, welche keinem Zweifel darüber Raum gibt, daß die Absicht des Letzteren dahin ging, sein Vermögen unter seine sämmtlichen Kinder zu vertheilen; daß wenn er zur Erreichung dieses Zweckes die Form eines onerosen Vertrages wählte, die formelle Gültigkeit dieses Geschäftes nur durch die Beobachtung der für solche onerose Verträge vorgeschriebenen Formen bedingt war, und daß es nicht auf Förmlichkeiten ankam, welche unter andern Voraussetzungen, nämlich dann nothwendig sind, wenn eine Theilung der Eltern unter Kindern in direkter Weise vorgenommen werden soll; daß von diesem Gesichtspunkte aus die formelle Gültigkeit des Vertrages vom 11. April 1823 außer Zweifel ist;

J. E., daß in materieller Beziehung dieser Vertrag in soweit, als er eine Uebertragung von Vermögensstücken an einen zur Erbschaft des Veräußerers Berufenen enthält, nach den hierfür bestehenden Vorschriften zu beurtheilen ist, indem der Umstand, daß der Uebertrag zugleich als Mittel dient, um die Theilung zu bewerkstelligen, eine Abweichung von den betreffenden Regeln nicht begründet;

Daß der Art. 918, um zu verhindern, daß Begünstigungen zum Nachtheil der Vorbehaltserben, welche das Gesetz verbietet, auf indirectem Wege dennoch statt finden, bestimmt, daß wenn Vermögensstücke an einen zur Erbschaft Berufenen von der geraden Linie, mit Vorbehalt des Nießbrauchs, oder in der Art veräußert werden, daß der Erwerber eine Leibrente zu zahlen hat, oder sonstige auf die Lebenszeit des Erblassers beschränkte Leistungen übernimmt, hierin eine indirecte Begünstigung zu finden ist, welche jedoch als eine zum Voraus gegebene angesehen werden, und nur soweit sie den disponiblen Theil überschreitet, zur Masse zurückgebracht werden soll; daß das Gesetz zur Bedingung seiner Anwendbarkeit nicht ausdrücklich das Erforderniß aufgestellt hat, daß der Erwerber nicht außer den auf die Lebenszeit des Veräußerers beschränkten Leistungen andere Verpflichtungen übernommen habe; daß ein solches Erforderniß, abgesehen davon, daß es die Umgehung eines Gesetzes, welches gerade

bestimmt ist, Gesetzesumgehungen zu verhindern, im höchsten Grade erleichtern würde, auch deshalb im Sinne desselben nicht liegen kann, weil die Vermischung von andern Verpflichtungen mit den auf die Lebenszeit des Veräußerers beschränkten Leistungen nicht geeignet ist, die von dem Gesetze aufgestellte Vermuthung einer indirecten Begünstigung auszuschließen, und weil jeder ungerechte Nachtheil für den Erwerber durch die von der Masse zu leistende Vergütung des Werthes der erfüllten sonstigen Verpflichtungen beseitigt wird;

J. E., daß der hiernach auf den vorliegenden Fall anwendbare Art. 918 des B. G. B. aber ferner bestimmt, daß bei Veräußerungen der fraglichen Art die übrigen zur Erbschaft in gerader Linie Berufenen, welche in dieselben eingewilligt haben, eine Zurückbringung des den disponiblen Theil Ueberschreitenden nicht verlangen können; daß das Gesetz weder eine bei Abschließung des Vertrages gegebene, noch überhaupt eine ausdrückliche Einwilligung fordert, dieselbe mithin auch aus nachfolgenden Handlungen gefolgert werden kann, und aus den von den Appellaten nicht bestrittenen und durch die Quittungen vom 6. April 1828, 20. April 1829, 3. Januar und 22. April 1830, 12. April 1831, 26. April 1832, 11. März und 3. October 1834, Ostern 1835, 9. April 1836 und 26. April 1840 bewiesenen Empfangnahme der in dem Vertrage vom 11. April 1823 zu ihren Gunsten ausbedungenen Leistungen gefolgert werden muß, während, soviel die Eheleute Gertrud Tollmanns und Gerhard Lenzen betrifft, von ihnen die Genehmigung des Vertrages vom 11. April 1823 in dem notariellen Acte vom 24. April 1824 förmlich erklärt worden ist;

J. E., daß hiernach eine über den disponiblen Theil hinausgehende Begünstigung des Appellanten durch den in dem Vertrage vom 11. April 1823 enthaltenen Uebertrag des Tollmannshofes von den Appellaten nicht mehr gerügt werden kann; daß unter vorausgesetzter Gültigkeit des Uebertrages eine ihnen bei der Theilung zugefügte Verletzung über ein Viertel von den Appellaten nicht behauptet worden ist, und daher die Frage, ob die Rescissionsklage verjährt seyn würde, auf sich beruhen muß;

Soviel schließlich die von den Appellaten und Incidentappellanten aufgestellte Behauptung betrifft, daß ein Theil des Tollmannshofes der verstorbenen Ehefrau des Diedrich

Tollmann, Mechtildis geborne Loos gehört habe, weshalb Diedrich Tollmann darüber nicht habe verfügen können;

J. E., daß Hermann Tollmann, dessen Verfügungen Incidentappellanten als seine Erben anerkennen müssen, durch einen am 29. Juni 1819 geschlossenen ähnlichen Uebertrag, zu welchem auch die Mechtildis Loos als Uebertragende mitwirkte, Eigenthümer des Tollmannshofes geworden war; daß es nun zwar in dem Vertrage vom 11. April 1823 heißt, der Abstandscontract vom 29. Juni 1819 werde als aufgehoben und als nicht geschlossen zwischen den Parteien betrachtet, daß aber hierin die Absicht, daß der ganze frühere Vertrag, auch in soweit er, mit der damals bereits verstorbenen Mechtildis Loos geschlossen worden, als nicht bestehend betrachtet werden solle, um so weniger gefunden werden kann, als unmittelbar darauf die Erklärung folgt, daß Hermann Tollmann die fraglichen Vermögensstücke seinem Vater förmlich retrocedire und zum völligen Eigenthume wieder abtrete; daß es hiernach nicht zweifelhaft erscheint, daß Hermann Tollmann alle die Rechte, welche er auf den Tollmannshof und dessen Zubehörungen erworben hatte, auf seinen Vater übertragen wollte;

J. E., daß somit die Incidentberufung als unbegründet erscheint und auf die Hauptberufung das Urtheil a quo in soweit reformirt werden muß, als dasselbe einen bei der unbedingten Wirksamkeit des Vertrages vom 11. April 1823 unerheblichen Beweis nachgelassen und nicht vielmehr die Theilungsklage, insoweit sie die in dem Contracte vom 11. April 1823 übertragenen Vermögensstücke betrifft, abgewiesen hat;

Daß übrigens nach der eigenen Erklärung der Appellanten noch Gegenstände der Theilung übrig bleiben und die Parteien dieserhalb in die erste Instanz zurück zu verweisen sind;

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H., unter Verwerfung der Incidentberufung, auf die Hauptberufung das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 16. Dezember 1846 insoweit, als dasselbe die darin näher bezeichneten Beweise nachgelassen resp. eine Eidesleistung aufgegeben hat, weiset an dessen Statt die erhobene Theilungsklage, soweit sie die in dem notariellen Vertrage vom 11. April 1823 enthaltenen

Vermögensstücke umfaßt, ab, verweiset die Parteien zur ferneren Verhandlung und Entscheidung vor das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf zurück, hebt die Kosten beider Instanzen gegen einander auf und befiehlt die Rückgabe der Succumbenzgelder u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 3. Januar 1848.

Advokaten: Herbertz — Stupp.

Vorbehaltserbe. — Unbedingte Antretung der Erbschaft. — Einrede der Ueberschreitung der disponibeln Quote.

Der Vorbehaltserbe verliert durch die unbedingte Antretung der Erbschaft, resp. durch unterlassene Anfertigung eines Inventars in der gesetzlichen Frist, **nicht** das Recht auf Vervollständigung seiner Legitima zu klagen.

Pattberg u. Cons. — Kemmann u. Cons.

Johann Jakob Pattberg erzeugte in seiner ersten Ehe mit Katharina Beckmann vier Kinder, von welchen jedoch ein vorverstorbener Sohn, Wilhelm, durch seine Kinder repräsentirt wird. In dieser ersten Ehe des Pattberg wurde ein Gut „am Demmerich" acquirirt. Nach dem Tode seiner Ehefrau, Katharina Beckmann, schritt Pattberg zur zweiten Ehe mit Anna Katharina Kemmann, Wittwe Kratz, und schenkte derselben in dem notariellen Ehevertrage vom 4. Mai 1819 den fünften Theil der ihm an dem gedachten Gute zustehenden Hälfte. Die zweite Ehefrau Pattberg starb am 3. Februar 1843 und hinterließ als einzige Erbin ihre in erster Ehe mit Kratz erzeugte Tochter, welche wieder an einen gewissen Kemmann verheirathet war. Diese klagte gegen Johann Jakob Pattberg und dessen Descendenten erster Ehe auf Theilung des Gutes „am Demmerich." Im Laufe dieses Prozesses starb Johann Jakob Pattberg, seine Erben erklärten die Erbschaft unter der Wohlthat des Inventars antreten zu wollen, reassumirten demnach die gegen sie erhobene Theilungsklage und stellten derselben unter mehrern andern, kein erhebliches Interesse darbietenden Einreden auch die entgegen, daß das der Klägerin, resp. deren Mutter geschenkte $1/5$ im

der Hälfte des Gutes „am Demmerich" den disponibeln Theil des Schenkgebers bei weitem überschreite, daß daher nach Art. 922 des B. G. B. eine Reduction eintreten müsse. Das L. G. zu Düsseldorf ging durch sein Urtheil vom 1. August 1846 auf diese Einrede ein, und verordnete daher eine Ermittelung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Behauptung und zu diesem Zwecke die Inventarisation des Nachlasses des Johann Jakob Pattberg und die Abschätzung des Werthes jenes Guts zur Zeit des Todes des Schenkers. Während der desfallsigen Operationen war die gesetzliche Frist für die Benefiziarerben Pattberg zur Anfertigung des Inventars verstrichen, und als nun die Sache zur abermaligen Verhandlung vor das Landgericht kam, wurde für die Klägerin behauptet, daß nunmehr die Erben Pattberg als héritiers purs et simples angesehen werden müßten, als solche aber die Einrede, daß ihr Erblasser durch jene Schenkung die disponible Quote überschritten habe, ferner nicht zu machen berechtigt seyen. Das L. G. theilte diese Ansicht, indem es in seinem Urtheile vom 3. April 1847 erwog, daß die großjährigen Erben Pattberg, da sie nunmehr wegen unterlassener Anfertigung eines Inventars in der gesetzlichen Frist, als unbedingte Erben ihres verstorbenen Vaters anzusehen, als solche überall für die Schulden und Lasten des Nachlasses zu haften haben, daher auch den Einwand nicht mehr machen können, daß ihnen gegenüber durch die Schenkung des Vaters die disponible Quote überschritten worden; cf. Art. 802 des B. G. B. — Zachariae Hdbch. Bd. 4 S. 223.

Bei der von den Erben Pattberg gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung wurde von den Appellanten auch die Richtigkeit des letztgedachten, von dem L. G. ausgesprochenen Prinzips bestritten, und in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums, welches sich speziell auf die von dem Hofe in dem Urtheile vom 25. März 1839 — Arch. Bd. 28. 1. 174. — ausgesprochenen Grundsätze bezog, reprobirte der A. G. H. die Ansicht des L. G. zu Düsseldorf durch folgende Entscheidungsgründe:

J. E., daß die Appellanten zwar am 27. März 1846 auf der Gerichtsschreiberei des Kgl. L. G. zu Düsseldorf die Erklärung abgegeben haben, die Erbschaft ihres Vaters nur unter der Rechtswohlthat des Inventariums antreten zu

wollen, — daß dieser Erklärung jedoch die Aufnahme eines Inventars weder vorausgegangen, noch gefolgt ist; . . . .

J. E. daß dieselben jedoch hierdurch keinen Falls schlechter gestellt seyn können, als wenn sie die Erbschaft sofort ohne Weiteres angetreten hätten, — daß sie unbestritten zu den Vorbehaltserben gehören, denen gegenüber das Gesetz, im Art. 913 flgd. und Art. 1098 l. c. die freigebigen Verfügungen des Erblassers auf ein bestimmtes Maaß beschränkt hat, — daß dieser, auch im öffentlichen Interesse, gemachten Beschränkung, das im Art. 920 flgd. l. c. enthaltene Recht der Vorbehaltserben entspricht, solche freigebige Verfügungen des Erblasser vermindern zu lassen, welche das gesetzliche Maaß überschreiten, — daß sie dieses Recht mithin nicht vom Erblasser überkommen, sondern durch das Gesetz erhalten, — daß sie dasselbe daher auch unbeschadet ihrer Eigenschaft als Erben, und trotz derselben, ausüben können, und die Appellanten hiernach, und den unbestrittenen thatsächlichen Umständen gemäß, mit Recht verlangen, daß den appellatischen Eheleuten Kemmann, aus dem Heirathsvertrage vom 4. März 1819 keinenfalls mehr als $^1/_5$ des Nachlasses des verstorbenen Johann Jakob (Wilhelm) Paltberg zugebilligt werde; . . . .

Aus diesen Gründen

reformirt u. s. w.

I. Senat. Sitzung 21. Februar 1848.

Advokaten: Stupp — Herbertz.

Arrest. — Liquidität der Forderung. — Klage auf Rechnungslegung. — Conservatorische Maaßregel.

Zur Arrestanlage ist es nicht nothwendig, daß die Forderung liquid sey; es genügt, wenn ihre Existenz im Allgemeinen wahrscheinlich gemacht wird; der Beweis gehört dem Verfahren auf Gültigkeitserklärung an.

Man kann daher auch für eine Forderung Arrest anlegen, welche im gewöhnlichen Wege durch eine Klage auf Rechnungslegung geltend zu machen ist. . . . .

Ist die Klage auf Rechnungslegung vor der Arrestprocedur bereits anhängig gemacht, so hindert dies den Arrest nicht; es ist eine Frist anzuordnen, innerhalb welcher der Arrestkläger durch Vorlegung des im Arrestprozesse erlassenen Urtheils den Arrest zu justifiziren hat.

Daß bis dahin der Arrest als conservatorische Maaßregel aufrecht erhalten werde, ist nur ein ungeeigneter Ausdruck.*)

Wittwe Weyersberg — Eheleute Pilgram.

Wittwe Weyersberg war Vormünderin der Ehefrau Pilgram und wurde am 4. August 1847 auf Ablage der Vormundschaftsrechnung belangt. Ehe auf diese Klage von dem L. G. zu Düsseldorf verfügt wurde, erwirkten Eheleute Pilgram, welche behaupteten, daß gemäß vorgelegten notariellen Theilungsakten die Vormünderin successive ein Kapitalvermögen der Ehefrau Pilgram von wenigstens 35000 Thlr. in Empfang genommen hätte, von dem Präsidenten des L. G. eine Ordonnanz, in Folge deren sie bei verschiedenen Debitoren der Wittwe Weyersberg Arrest anlegten. Die Arrestverklagte trug auf Aufhebung des Arrestes an, weil der Arrest seiner Natur nach ein Exekutionsmittel sey, weil daher die Forderung, wofür er angelegt, liquid seyn müsse, weil aber erst aus dem Resultate der Rechnungsklage sich einstens ergeben würde, ob der Ehefrau Pilgram noch etwas gebühre.

Das Kgl. L. G. zu Düsseldorf hielt durch Urtheil vom 12. Oktober 1847 die angelegten Arreste als conservatorische Maaßregel für 6 Monate aufrecht und wies den Antrag der Verklagten, die angehobene Klage als unstatthaft und ungegründet abzuweisen, zur Zeit als nicht gerechtfertigt zurück.

Berufung der Verklagten und Wiederholung der Einreden erster Instanz. Der Kgl. A. G. H. erließ in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums folgendes

Urtheil:

I. E., daß der Arrest seiner eigenthümlichen Natur und seinem Zwecke nach, sowohl ein Executionsmittel, als auch

*) Arch. Bd. 22. 1. 175. — 33. 1. 216. — 35. 1. 166.

eine conservatorische Maaßregel, letzteres jedoch nur in dem Sinne ist, daß die zur Befriedigung des Gläubigers in Beschlag genommenen Gegenstände demselben einstweilen und so lange bis über die Gültigkeit dieser Beschlagnahme entschieden seyn wird, erhalten bleiben sollen, ohne daß daraus eine weitere mit jener andern Eigenschaft in Widerspruch stehende Folgerung gezogen werden darf;

Daß nun die Arrestanlage, wie jede andere Execution, durch die Existenz einer Forderung wesentlich bedingt ist, deren Liquidität jedoch, wie der zweite Abschnitt des Art. 559 der B. P. O. ausdrücklich besagt, ebenso wenig vorhanden zu seyn braucht, als ein dieselbe beweisender exekutorischer Titel, woraus von selbst folgt, daß es genügt, wenn vom Arrest-Impetranten im Allgemeinen das Vorhandensein einer Forderung wahrscheinlich gemacht wird, deren näherer Beweis dem ferneren Verfahren auf Gültigkeitserklärung vorbehalten bleibt;

J. E., daß im vorliegenden Falle durch die in beglaubigter Abschrift beigebrachten Theilungsverhandlungen vom 12. April und 18. Oktober 1836 und vom 4. 6. 7. 8. und 9. August 1838 hinreichend dargethan ist, daß Appellantin in ihrer Eigenschaft als Vormünderin der appellatischen Ehefrau drei dieser letzteren anerfallenen Erbschaften in einem Gesammtbetrage von mehr als 34000 Thlr. in Empfang genommen hat, zu deren Herausgabe sie derselben jetzt bei deren inzwischen erfolgter Emanzipation verpflichtet ist;

Daß Appellaten auch zu dem Ende bereits die Klage auf Rechnungslegung gegen die Appellantin angestellt haben, und dieser Umstand, weit entfernt davon, die Appellaten nicht als Gläubiger erscheinen zu lassen, unmöglich auch einen Grund dafür abgeben kann, sie von der Befugniß, einen Arrest anzulegen, auszuschließen, da der Art. 557 der B. P. O. dies Recht jedem Gläubiger, also auch demjenigen ertheilt, über dessen Forderung noch ein Prozeß anhängig ist;

Daß Appellantin auch in keiner Weise wahrscheinlich gemacht hat, daß jene Forderung der Appellaten eine Tilgung oder derartige Verminderung erlitten habe, daß dadurch ein Mißverhältniß zwischen ihr und den mit Arrest bestrickten Forderungen herbeigeführt worden wäre;

Daß sonach der erste Richter mit Recht den angelegten Arrest aufrecht erhalten hat und die in dem Dispositive

seines Urtheils gebrauchten Worte nur so gedeutet werden dürfen, daß Appellaten verpflichtet sind, binnen der ihnen gestellten Frist von 6 Monaten den Beweis ihrer Forderung durch Vorlegung des in dem schwebenden Rechnungsprozesse zu erlassenden Urtheiles zu führen, daß hierdurch jedoch die Appellantin in keiner Weise beschwert erscheint, auch der gebrauchte ungeeignete Ausdruck im Urtheile a quo keinen Grund zu einer Reformation desselben abgeben kann;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 1. Dezember 1847.

Advokaten: Herbertz — Forst.

Subhastation. — Nichtigkeit. — Angabe des Miethers.

Wenn ein vermiethetes Haus Gegenstand einer Subhastation ist, so muß bei Strafe der Nichtigkeit das Subhastationspatent die Angabe des Miethers enthalten.*) §. 4 Nro. 2, 12 Nro. 2. Subh. O.

Göbbels — Schillings.

Bei einer von der Wittwe Schillings gegen die Eheleute Göbbels eingeleiteten Subhastation sollte unter mehrern andern Immobilien auch ein zu Düsseldorf gelegenes, an einen Dritten vermiethetes Wohnhaus zur Zwangsversteigerung gebracht werden. Die Eigenthümer und Subhastaten, Eheleute Göbbels, erhoben hiergegen im Lizitationstermine Einspruch, weil weder in der Beschlagnahme-Verfügung noch in dem Subhastationspatente der Name des Miethers jenes Hauses angegeben, mithin das Verfahren, insofern es dieses Haus betreffe, nach §. 4 Nro. 2, §. 12 Nro. 2 und §. 32 der Subh. O. nichtig sey. Das Urtheil des L. G. zu Düsseldorf vom 2. November 1847 verwarf diesen Einspruch, indem es erwog, daß die Aufnahme der in §. 4 Nro. 2 der Subh. O. vorgesehenen Beschreibung in die Beschlagnahme-Verfügung, resp. in die dem Schuldner nach §. 5 mitzutheilende Verhandlung nirgend verordnet sey, daß §. 12 Nro. 2 ibid., und zwar nach §. 32 ibid. bei Strafe der

*) cf. Arch. Bd. 12. 2. 1. — 15. 1. 208.

Richtigkeit, allerdings vorschreibe, daß das Subhastationspatent die Bezeichnung der zur Veräußerung bestimmten Immobilien, wie solche in §. 4 Nro. 2 vorgeschrieben sey, enthalten solle, daß aber die in diesem letztern §. außer der darin verordneten Beschreibung der Grundstücke geforderte Angabe des Miethers nicht als ein Theil jener Beschreibung oder Bezeichnung erachtet werden könne, indem diese Angabe sich nur auf ein hinsichts der zu versteigernden Immobilien bestehendes Rechtsverhältniß beziehe, aber keine Beschaffenheit oder Eigenschaft der letztern selbst ausdrücke, unter der geforderten Bezeichnung oder Beschreibung aber dem gewöhnlichen Wortsinne nach nur die Bezeichnung der an den Immobilien selbst vorfindlichen Eigenschaften verstanden werden könne.

Bei der Verhandlung über die Seitens der Eheleute Göbbels gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung schloß sich das öffentl. Ministerium im Wesentlichen der Ausführung des ersten Urtheils an und suchte das von dem appellantischen Anwalte zur mehrern Begründung der Berufung aus der ähnlichen Bestimmung der Art. 675 u. 682 B. P. O. geschöpfte Argument durch die Bemerkung zu entkräften, daß, wenn man auch zum Zwecke der richtigen Auslegung des jetzt geltenden Gesetzes auf die Bestimmungen des frühern, aber ausdrücklich aufgehobenen, recurriren könne, doch auch die angeführten Artikel der B. P. O. überall nicht von dem Miether eines Wohnhauses, sondern nur von dem Pächter ländlicher Grundstücke spreche.

Der A. G. H. erkannte jedoch reformatorisch durch folgendes

Urtheil:

I. E., daß der §. 12 Nro. 2 der Subh. O. ausdrücklich vorschreibt, daß in dem Subhastationspatente die Bezeichnung der Grundstücke so enthalten seyn solle, „wie solche im §. 4 Nro. 2 vorgeschrieben ist;"

Daß bei dieser Wortfassung es so angesehen werden muß, als wenn der ganze Inhalt des §. 4 Nro. 2 in den §. 12 aufgenommen wäre;

Daß nun aber dieser §. 4 Nro. 2 nicht bloß die äußerliche Beschreibung des Immobiles, sondern auch die Angabe des Pächters oder Miethers, namentlich bei einem Hause, verlangt, sonach diese Angabe auch nothwendiger Inhalt des Subhastationspatentes ist;

Daß dieses um so weniger zweifelhaft seyn kann, als die B. P. O. im Art. 682 ausdrücklich für das Patent ebenso wie im Art. 675 für das Beschlagnahme-Protokoll die Angabe des Pächters verlangt, und keine Andeutung vorliegt, daß hierin durch die neue Subhastationsordnung etwas Anderes habe geändert werden sollen, als daß der Miether mit dem Pächter auf gleiche Linie gesetzt wurde;

J. E., daß daher, die Nichtbeobachtung des §. 12 gemäß §. 32 die Nichtigkeit des Patents und des ganzen darauf gefolgten Verfahrens bewirkt, und vorliegend die Angabe des Miethers, obgleich ein solcher gemäß dem notariellen Vertrage vom 21. Mai 1845 das sub A des Patentes bezeichnete Haus bewohnt, nicht im Patente enthalten ist, der Berufung stattgegeben werden muß;

Aus diesen Gründen

vernichtet der Rh. A. G. H. unter Reformation des Urtheils des Landgerichts zu Düsseldorf v. 2. November 1847, auf den zum Lizitationsprotokolle des Friedensgerichts daselbst am 29. Sept. 1847 angemeldeten Einspruch, das Subhastationspatent v. 5. Juni 1847 hinsichtlich des in demselben sub A aufgeführten, in der Krämerstraße zu Düsseldorf gelegenen Hauses und das ganze darauf erfolgte Verfahren; verordnet die Rückgabe der Succumbenzstrafe, legt die Kosten beider Instanzen den sämmtlichen Parteien gegenüber der Appellatin Wittwe Schillings zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 20. März 1848.

Advokaten: Herbertz — Compes.

Ernennung eines Richtercommissars. — Urtheil in öffentlicher Sitzung. — Rathskammer.

Die Allerh. Cab. O. vom 16. Mai 1845 hat nur den Fall vor Augen, wenn für einen durch Urtheil nach vorgängiger Verhandlung, in der Sitzung ernannten Richtercommissar ein Substitut ernannt werden soll. — Wenn daher ein Gericht durch Urtheil in der Sitzung ein anderes Gericht um Ernennung eines Richterkommissars zur Vornahme einer prozessualischen Verhand-

lung in dessen Bezirke rogirt, so erfolgt diese Ernennung durch das rogirte Gericht in der Rathskammer.

Cohen — Schmitz.

Das Landgericht zu Aachen gab durch kontradictorisches Urtheil dem zu Köln wohnenden Cohen einen Eid auf und ersuchte das Landgericht zu Köln, zur Abnahme dieses Eides in der Synagoge einen Commissar zu ernennen.

Cohen stellte nun das Gesuch um Ernennung des Commissars an die Rathskammer des L. G. zu Köln, welche sich jedoch durch Beschluß vom 12. August 1847 für inkompetent erklärte, weil nach der Kgl. Cab. Ord. vom 16. Mai 1845 ein Richtercommissar nur vom Gerichte auf vorgängige Verhandlung in der Sitzung durch ein Urtheil ernannt werden könne.

Auf den Appellationsrekurs des Cohen erging in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums folgender reformatorische

Beschluß:

I. E., daß die beantragte Commissarsernennung nicht die Abänderung oder Ergänzung, sondern lediglich die Vollziehung eines erlassenen Urtheils bezweckt; daß daher die Rathskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln, indem sie die begehrte Anordnung zu treffen auf Grund der Allerh. Cab. Ordre vom 16. Mai 1845 sich inkompetent erklärte, dieser Gesetzbestimmung eine in ihrem Sinne nicht liegende Ausdehnung gegeben hat;

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. den Beschluß der Rathskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 13. August 1847, erklärt dieselbe in der Sache für kompetent und ernennt, an deren Statt erkennend, den Herrn Landgerichts-Assessor Bohl als Commissar zur Abnahme des dem Appellaten durch Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 23. Juni 1847 auferlegten Eides, legt die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens der in der Hauptsache unterliegenden Partei zur Last.

I. Senat. Rathskammersitzung v. 20. Dezember 1847.

Anwalt von Cohen: Forst.

Steinbruch. — Vertiefung desselben. — Steinsprengungen. — Nachbarliches Grundstück. — Dessen Beeinträchtigung. — Geschleuderte Steine. — Einsturz.

Werden bei der Benutzung eines Steinbruchs Steine durch Sprengen auf das angrenzende Grundstück geschleudert, so ist dieses eine Beeinträchtigung der Eigenthumsrechte des Nachbars; nicht aber, wenn durch Vertiefung des Bruches in der Nähe jenes Grundstücks dasselbe einstürzt. Art. 544 des B. G. B.

Brebach — Röllinghof.

Der Kalkbrenner Brebach betrieb seit mehrern Jahren zwei Steinbrüche in der Gemeinde Barmen. Im Jahre 1842 kaufte er einen diesen Brüchen entlang laufenden Streifen des Grundstücks des Ackerers Röllinghof, und trieb nun dieselben in der Art nach dem Eigenthume des Letztern hin, daß dieser sich in seinen Rechten für beeinträchtigt hielt und deshalb bei dem Landgerichte zu Elberfeld im Juni 1845 klagbar wurde. Durch Ortsbesichtigung, Gutachten von Sachverständigen und Zeugenverhör, welche das Gericht durch vorläufige Urtheile angeordnet hatte, ergab es sich, daß der an dem verkauften Streifen angrenzende Theil des klägerischen Grundstücks theils herabgesunken, theils eingestürzt, und daß die Arbeiten in den tief ausgebeuteten, bis nahe an die Grenze getriebenen Steinbrüchen hiervon die Ursache, daß ferner bei dem Sprengen in denselben die Steine auf das Eigenthum des Klägers niedergefallen seyen.

Im vorläufigen Urtheile vom 18. Dezember 1846 hatte schon das Landgericht ausgesprochen, wie die Benutzung der Steinbrüche jedenfalls dort eine Grenze erreichen müsse, wo durch sie die Existenz des benachbarten Grundstücks gefährdet werde; in seinem Endurtheile vom 18. Juni 1847 nahm es nun den dem Kläger auferlegten Beweis für erbracht an, und erklärte daher den Beklagten für eben so wenig beberechtigt, in solcher Nähe des Grundstücks des Klägers Steine zu brechen oder den Boden abzutragen, daß dadurch das Grundstück desselben einstürze, als die Sprengarbeiten dort so zu betreiben, daß dabei die Steine auf das letztgedachte Grundstück hinfallen. Als Folge hiervon wurde dem

Beklagten die Wiederherstellung des klägerischen Grundstücks nach Maaßgabe der zu diesem Ende von den Sachverständigen angegebenen Vorkehrungen aufgegeben, und derselbe zum Schadensersatze verurtheilt.

Auf die Berufung des Brebach hat der Appellationshof das Urtheil a quo in Betreff der für den Röllinghof wichtigsten Entscheidung reformirt.

Urtheil:

I. E., daß thatsächlich unbestritten ist, daß der Appellant bei Benutzung seines unterhalb gelegenen Steinbruches nirgendwo das Eigenthum des Appellaten berührt hat, vielmehr ein nicht ganz unbedeutender Zwischenraum überall vorhanden ist;

Daß von demselben ebenwenig ein Gesetz angerufen werden konnte, welches für den vorliegenden Fall den Appellanten in der Benutzung seines Eigenthums beschränkte, daß aber der Art. 544 des B. G. B. die Benutzung des Eigenthums nur in der obigen Unterstellung beschränkt hat und es sonach der Untersuchung der Frage: ob die Arbeiten des Appellanten in seinem Steinbruche mit den Erscheinungen auf dem oberhalb gelegenen Felde des Appellaten in einem ursachlichen Zusammenhange stehen, gar nicht bedarf, daß diesemnach die Ansprüche des Appellaten, soweit sie sich auf die beantragte Beschränkung des Appellanten in Benutzung seines Eigenthums, ohne daß dadurch dessen Eigenthum berührt wird, und Wiederherstellung des vorigen Zustandes beziehen, als unbegründet zurückgewiesen werden müssen;

I. E., daß dagegen durch die Zeugen Weustermann, Reusch, Fiege und Schulz dargethan ist, daß bei dem Sprengen der Felsen Steine auf das Grundstück des Appellaten niedergefallen sind, daß dieses unbezweifelt einen Eingriff in das Eigenthum des Appellaten darstellt, welchen der Richter erster Instanz mit Recht dem Appellanten untersagt hat, daß gleichwohl ein positiver Schaden bis jetzt dem Appellaten nicht entstanden ist, und derselbe in dieser Beziehung besondere Vorrichtungen zur Verhütung fernerer derartiger Eingriffe nicht beantragt hat, u. s. w.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. die Urtheile des Landgerichts zu Elberfeld vom 20. November 1845, 18. Dezember 1846

und 18. Juni 1847, insoweit als der Appellant nicht berechtigt erklärt worden, auf seinem Grundstücke in solcher Nähe des Grundstückes des Appellaten Steine zu brechen oder den Boden abzutragen, daß dadurch dessen Grundstück einstürzt, und gleichzeitig zum Schadensersatz und zur Anlage besonderer Vorrichtungen zu diesem Zwecke und in die Kosten verurtheilt worden; weiset an dessen Statt die angehobene Klage in dieser Beziehung ab, verwirft im übrigen die eingelegte Berufung u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 16. März 1848.

Advokaten: v. Hontheim — Stupp.

Anmerk. Wenn das obige Urtheil das Niederfallen von Steinen auf das Grundstück des Röllinghof als Folge des Sprengens in dem benachbarten Steinbruche des Brebach als einen Eingriff in das Eigenthum des Erstern ansieht, und dagegen einen solchen nicht annimmt, wo Brebach den Steinbruch in der Art und in solcher Nähe des Grundstücks des Röllinghof betrieben daß dasselbe dadurch theilweise eingestürzt ist; so ist man versucht, auf einen Widerspruch zwischen beiden Entscheidungen hinzuweisen, weil beide Thatsachen nach dem nämlichen Grundsatze zu beurtheilen waren und daher einer gleichen Entscheidung unterliegen mußten.

Die Rechte der Eigenthümer benachbarter Grundstücke beschränken sich wechselseitig, weil jeder diejenigen, die ihm durch die Art. 544 und 552 des B. G. B. gegeben sind, auf dem seinigen auszuüben befugt ist. Hiernach ergeben sich die Grenzen der Rechte eines jeden in dem Grundsatze: daß keiner von seinem Eigenthume einen solchen Gebrauch machen darf, wodurch der Nachbar in der Ausübung seiner Rechte beeinträchtigt wird. Das Eigenthumsrecht an einem Grundstücke umfaßt einmal die Disposition über die Oberfläche mit dem darüber befindlichen Luftraume, und dann über die unter der erstern liegenden Erdschichten. Jede Handlung nun des Einen, welche er auf seinem Grundstücke vornimmt und die auf das des Andern der Art einwirkt, daß entweder der materielle Bestand des Grund und Bodens angegriffen, oder die freie Verfügung auf der Oberfläche verhindert wird, stellt daher einen Eingriff in das benachbarte Eigenthum dar. So hat auch das Urtheil die Thatsache betreffend das Steinsprengen angesehen, nicht aber die andere bezüglich des Einsturzes des Grundstücks des Röllinghof. Ein Unterschied, der hier vorwalten soll, läßt sich nicht auffinden, wenn man in dem einen, wie in dem andern Falle, annehmen muß, daß die Zurechnung einer Handlung immer nach den Wirkungen zu beurtheilen ist, die sie nach bekannten Naturgesetzen haben kann. Eine solche Annahme unterstellt auch die Entscheidung in Betreff der auf den Boden des Röllinghof hingeschleuderten Steine. Das Sprengen geschieht

auf dem Grundstücke des Handelnden, er ist dabei an sich in seinem Rechte; sobald aber dasselbe in der Art vollzogen wird, daß die Steine über die Grenze, auf des Nachbars Eigenthum, hinfallen, dann gestaltet sich die an sich befugte Handlung zu einer Beeinträchtigung der Rechte des Letztern, und weil der Handelnde eine solche Wirkung voraussehen konnte, so ist er für diese seine Handlung verantwortlich. Aber das Urtheil hält den Umstand für entscheidend und daher beide facta nicht für gleichartig, weil in dem einen Falle das Eigenthum des Nachbars durch die Steine materiell berührt worden, was in dem andern nicht geschehen, da, wie es im Urtheil heißt, bei der Benutzung des Steinbruchs nirgendwo das Eigenthum des Appellaten berührt worden, vielmehr ein nicht ganz unbedeutender Zwischenraum überall geblieben, und von diesem kein Gesetz angerufen werden konnte, welches für den vorliegenden Fall den Appellanten in dieser Benutzung seines Eigenthums beschränke, eine Beschränkung, welche bei der obengedachten Unterstellung auch aus dem Art. 544 des B. G. B. nicht hervorgehe, es deshalb auch der Untersuchung der Frage: ob die Arbeiten des Appellanten in seinem Steinbruche mit den Erscheinungen auf dem oberhalb gelegenen Felde des Appellaten in einem ursachlichen Zusammenhange stehen, gar nicht bedürfe.

Wie die Rechte benachbarter Grundeigenthümer sich nach unserer Ansicht beschränken, ist schon vorhin gesagt worden; und das Urtheil steht auch mit ihr nur insofern nicht im Einklange, als es in dem einen Falle einen unmittelbar über die Grenze des benachbarten Eigenthums gehenden Eingriff verlangt, obgleich in dem andern in der Wirklichkeit ein solcher eben so wenig vorhanden war. Denn bei dem Sprengen selbst hat ebenso wenig ein Eingriff der verlangten Art stattgefunden, nur dessen Wirkungen sind es, welche die Eigenthumsverletzungen hervorgebracht haben. Nicht anders verhält es sich mit den Tiefgrabungen im Steinbruche, in deren Folge die Ufer des Grundstücks des Röllinghof sich theils gesenkt, theils herabgestürzt sind; denn wie in jenem Falle die Ursache der zur Rechtsverletzung gewordenen Wirkung in dem Sprengen zu suchen ist, so ist sie in diesem in der Abgrabung der Oberfläche auf eigenem Boden vorhanden, welche als Wirkung den Einsturz des anliegenden Eigenthums herbeigeführt und sich gleich jener über die Grenzen des Eigenthums des Handelnden ausgedehnt hat. Um eine solche Ansicht, wie das Urtheil hier aufgestellt, gelten zu lassen, müßte man sich zu der unmöglichen Annahme verstehen, der Gesetzgeber habe in der fraglichen Materie ausnahmsweise statuirt, daß der Handelnde für die nach Naturgesetzen zu erwartenden Wirkungen seiner Handlung nicht einzustehen habe. Ohne zuzusehen, kann man mit Gewißheit die Frage verneinen; bei dem Zusehen aber findet dieses die vollkommenste Bestätigung. Hiervon nur einige Beispiele. Die niedriger liegenden Grundstücke müssen den Zufluß des von den höher liegenden natürlich abfließenden Wassers dulden, und der Eigenthümer der erstern darf Nichts

auf seinem Boden vornehmen, diesen Abfluß zu hemmen. So ist es auch dem Eigenthümer der letztern nicht gestattet, auf seinem Grundstücke Vorrichtungen zu treffen, wodurch der natürliche Lauf dieses Wassers auf eine für die unterhalb gelegenen Grundstücke nachtheilige Weise abgeändert würde. In beiden Fällen erfolgt die Anlage auf eigenem Boden, sie berührt nicht den fremden, aber in ihrer Wirkung liegt die Rechtsverletzung und diese überschreitet die Grenze des handelnden Eigenthümers, indem das sonst abgeflossene Wasser stehen bleibt und auf das oberhalb liegende Grundstück zurückfließt, resp. das auf das untere Grundstück abfließende Wasser nunmehr durch die Anlagen des obern Eigenthümers Abänderungen in Strömung oder Richtung erhalten hat, die demselben schädlicher geworden. Art. 640 des B. G. B. — Zufolge Art. 671 des B. G. B. dürfen Bäume und Hecken nur auf gewisse Distanzen von der Grenze des Grundnachbars gepflanzt werden, und der folgende Artikel setzt hinzu, daß bei deren Nichtbeobachtung diese und jene auf die Forderung des Beeinträchtigten fortgenommen werden müssen. Dehnen sich die Aeste der Bäume über das Eigenthum des Nachbars aus, so kann er deren Fortschaffung verlangen; und sind es die Wurzeln der Bäume, die bis auf seinen Grund vorgeschritten sind, so ist er ohne weiters befugt, sie bis zur Grenze abzuschneiden. Hier ist auch das Pflanzen auf eigenem Boden an sich eine befugte Handlung, die aber bei der unterlassenen Berücksichtigung der vorgeschriebenen Distanzen von dem Gesetzgeber deshalb zu einer Beeinträchtigung des nachbarlichen Eigenthums ohne weiters gestempelt worden, weil nach Naturgesetzen mit Gewißheit vorauszusehen ist, daß Aeste und Wurzeln das nachbarliche Grundstück beschreiten werden. Doch auch bei deren Beobachtung tritt die Beeinträchtigung gegen dasselbe ein, sobald die Aeste oder Wurzeln in den Luftraum und den fremden Boden übergewachsen sind. — Eine fernere gesetzliche Bestimmung, welche zeigt, daß man von seiner Sache einen Gebrauch nicht machen darf, der für den Nachbar durch seine Folgen nach Naturgesetzen schädlich werden kann, enthält der Art. 674 des B. G. B. — Endlich mag noch des Art. 15, Tit. 2, des Gesetzes vom 6. Oktober 1791 erwähnt werden, nach welchem man für die Ueberschwemmung eines benachbarten Grundstücks einstehen muß, die durch einen Wasserbehälter auf dem eigenen veranlaßt worden. — Daß zudem unser Gesetzgeber in dieser Materie ganz den Grundsätzen des römischen Rechtes gefolgt ist, zeigen unter andern Stellen, namentlich l. 8. §. 5. dig. si servit. vindicet, l. 13 dig., finium regund., l. 24 §. 12 dig., de damno infecto., aus welchen hier nur folgende Worte, als besonders zutreffende, angeführt werden; aus der ersten Stelle: Alfenum denique scribere ait, ita posse agi, jus illi non esse in suo lapidem caedere, ut in meum fundum cadat; aus der zweiten: si quis sepem ad alienum praedium fixerit . . . ., si sepulchrum aut scrobem foderit, quantum profunditatis habuerint, tantum spatii relinquito; aus der dritten: si tamen tam alte fodiam in meo,

ut paries tuus stare non possit, damni infecti stipulatio committetur. — Ein Rejet-Urtheil des französischen Cassationshofes vom 29. November 1832, Sirey 33. 1. 19., entscheidet auch in Uebereinstimmung mit der oben aufgestellten Ansicht, daß ein Herabstürzen der Erde von dem höher liegenden Grundstücke auf das unterhalb befindliche, obgleich dieses Ereigniß anscheinlich durch Arbeiten des Eigenthümers des erstern veranlaßt worden, dann dennoch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen ihn nicht begründen würde, wenn ermittelt worden, daß die erste Ursache des Erdsturzes in der nicht erkennbar gewesenen Eigenthümlichkeit des Bodens gelegen.

Hier wäre auch die Beeinträchtigung des unterhalb liegenden Nachbars durch die von einem Eigenthume auf das andere fortwirkende Handlung des Besitzers des höher gelegenen Grundstücks, gerade wie in unserem Falle, vorhanden gewesen und angenommen worden, wenn die besondere, nach den gewöhnlichen Erfahrungen nicht zu unterstellende, Beschaffenheit des Bodens diesen von der Zurechnung nicht befreiet hätte.

Ganz in derselben Ansicht hat der 3. Senat des Rh. A. G. H. unter dem 3. März v. J. in der Sache Klein gegen die Casinodirektion zu Koblenz erkannt. In Folge von Abgrabungen, welche diese auf ihrem an dem Garten des Klein anliegenden Grundstücke hatte vornehmen lassen, waren auf jenem der Boden herabgestürzt und Beschädigungen an der Gartenmauer und dem Gartenthor entstanden. Wie auch der erste Richter gethan, hielt der zweite die Klage des Klein auf Herstellung und Entschädigung nur deßfalls für ungegründet, weil das Herunterstürzen des Bodens und die damit in Verbindung stehenden Beschädigungen ihren Hauptgrund darin gehabt, daß an der fraglichen Stelle die beiderseitigen Grundstücke aus ausgefüllter lockerer Erde bestanden, sonach der besondern Beschaffenheit des Kleinschen Terrains und folglich einem Umstande zuzuschreiben sey, wofür die Direktion nicht einzustehen habe.

Allerdings hat ein Urtheil unseres Cassationshofes vom 10. Februar 1845, Arch. 39. 2. 6. so entschieden, wie das Urtheil, welches die Veranlassung dieser Bemerkungen ist. Weil indeß die Gründe ganz die nämlichen sind, so bedarf es nicht einer fernern Widerlegung.

Noch werden zwei Entscheidungen des Hofes zu Metz hier zu erwähnen seyn, vom 10. November 1808 die eine, vom 16. August 1820 die andere. Sirey 21. 2. 154. 156. In beiden ist vollkommen der oben aufgestellte Grundsatz angenommen, nämlich, daß die Eigenthumsrechte des einen Nachbars durch die des andern beschränkt werden, daß hiernach der eine auf seinem Eigenthume keine Handlung vornehmen darf, welche in ihren Wirkungen über seine Grenze hinausgehend die Rechte des andern verkürzen, beeinträchtigen. Für den vorliegenden Fall ist das zweite Urtheil besonders zutreffend und verdient deshalb näher angeführt zu werden.

Ein Bäcker hatte seinen Backofen im Keller angebracht.

Seine Nachbarn behaupteten, beim Gerichte klagend, daß derselbe in ihren anliegenden Kellern eine solche Hitze verbreite, daß sie zur Aufbewahrung von Wein und Bier nicht mehr brauchbar seyen. Jener erwiederte, bei der Anlage des Ofens alle gesetzlich vorgeschriebenen Vorsichtsmaßregeln angewandt zu haben, und trug deshalb auf Abweisung der Klage an. Das Tribunal zu Metz ging in seinem Urtheile von dem Grundsatze aus, daß selbst bei Beobachtung jener Maßregeln der Beklagte eine Abänderung der Anlage vornehmen müsse, sobald dargethan werde, daß dennoch die Keller der Kläger durch solche unbrauchbar geworden, und verordnete demgemäß ein Gutachten von Sachverständigen.

Beklagter hielt sich durch die Entscheidung für beschwert; der Hof zu Metz verwarf jedoch die Berufung aus nachstehenden Gründen:

Attendu qu'à la vérité, en ordonnant, des vérifications ulterieures, ils ont préjugé (les juges) que lors même que Mercy (der Beklagte) auroit rempli ces conditions, si neanmoins il résultait de l'établissement dudit four et de la chaleur qu'il communique aux caves voisines, que ces caves ne puissent plus servir à leur destination, les intimés seroient fondés dans leur poursuite; — Mais en cela ils n'ont fait que se conformer à l'esprit et à l'intention évidente de la loi. En effet, elle n'a prescrit l'emploi de certaines précautions à ceux qui veulent élever des fours ou autres constructions dangereuses, que pour que les voisins n'eussent point à en souffrir, et dans la présomption que ces précautions seroient suffisantes; si donc malgré ces mêmes précautions prises, lesdites constructions nuisent encore aux voisins et leur causent de graves incommodités, il est clair qu'il doit y être pourvu; autrement, le voeu de la loi seroit trompé et les voisins grevés d'un préjudice qu'elle a essentiellement voulu leur éviter; — *Attendu qu'un voisin ne peut user de sa propriété, qu'en respectant celle de son voisins; leurs droits respectifs étant égaux, celui de l'un doit nécessairement se concilier avec celui de l'autre;* il seroit contre toute justice qu'un proprietaire, non d'ailleurs grevé de servitude, se trouvât tout-à-coup gené et asservi dans sa proprieté *par l'usage qu'il auroit plu à son voisin de faire de la sienne*, etc. etc.

Hierüber sehe man auch Toullier, B. 3. Nro. 227 u. flgd. der belg. Ausgabe.

Zur Bekämpfung des aufgestellten Grundsatzes, insofern er besonders auf das römische Recht gestützt wird, spricht man diesem in den verschiedenen hier fraglichen Bestimmungen, wie sie in der L. 8. §. 5 dig., si serv. vind. L. 24 §. 12., l. 25 u. 26. dig., de damno infecto, und L. 1 §. 12 de aqua et aquae pluv. arcend. enthalten sind eine durchgreifende Consequenz ab. Man sagt, von der einen Seite wird es in den gedachten Stellen für einen Eingriff in das benachbarte Eigenthumsrecht angesehen, wenn beim Steinbrechen im eigenen

Bruche Steine auf des Nachbars Boden hinfallen, wenn man durch Tiefgraben auf dem eigenen Grundstücke, und ohne die Grenze des Nachbars zu berühren, den Einsturz dessen Grundstücks verursacht; von der andern soll aber ein solcher nicht vorhanden seyn, wenn ich durch Eröffnung eines Brunnens oder durch eine sonstige Anlage dem Nachbar das Wasser, in dessen Besitz und Genuß er war, entziehe, wenn ich ferner durch Bauen und Pflanzen auf meinem Grundstücke dasjenige des Nachbars beschatte, sogar seinen Gebäuden das Licht benehme. Hier findet man den Widerspruch darin, daß bald eine unmittelbare Einwirkung auf das fremde Grundstück, bald nicht verlangt werde. So sey beim Tiefgraben an der Grenze schon der Eingriff geschehen, sobald eine Causal-Verbindung zwischen dieser Handlung und dem Einsturz dargethan werde; dagegen halte dasselbe Gesetz die Wasserentziehung der obigen Art nicht für einen solchen, obgleich der Nachbar einen Besitz, einen Vortheil verliere, worin er war, und hier eben so wenig dessen Grundstück unmittelbar berührt werde, als in dem oben angeführten Falle. Es zeige auch die Bestimmung in Betreff des Steinbrechens dasselbe, indem hier, wieder abweichend von dem Falle des Tiefgrabens, eine positive Berührung des fremden Eigenthums als Merkmal des Eingriffes verlangt werde.

Stellt man sich überall die Frage: ob der Besitzer innerhalb seines Rechtsgebietes und auf erlaubte Weise gehandelt habe, so werden wohl diese nur anscheinlichen Widersprüche verschwinden. Vorerst können die Wirkungen der Ausübung solcher Rechte auf das fremde Eigenthum einen Eingriff nicht darstellen, wozu jeder Grundbesitzer gesetzlich berechtigt ist. Daher gehören alle Nachtheile nicht dahin, die dem Nachbar durch Beschattung und Lichtentziehung vermöge der Rechte der implantatio und inaedificatio entstehen, wenn dabei die sonstigen gesetzlichen Beschränkungen beobachtet wurden, da hier eine wechselseitge sich von selbst gegenseitig beschränkende Berechtigung, wie sie auch aus dem Art. 552 unseres B. G. B. hervorgeht, stattfindet. — Wie verhält es sich nun mit der Wasserentziehung? Hier ist es vorläufig nöthig, sich an die natürliche Beschaffenheit der Quellen und deren unterirdischen Lauf zu erinnern. Sie verdanken bekanntlich ihre Entstehung dem Regen, Schnee und Thau. Das auf die Erde herabfallende Wasser durchdringt allmählig die Erdkruste und durchsickert sie in ihrer ganzen Tiefe und Breite bis auf den sogenannten Seegrund; die Erdschichte, die das Wasser nicht mehr durchläßt, und auf welcher sich nun, wo Klüfte vorhanden sind, Wasserbehälter bilden. Diese, auch schon den Alten bekannten, Naturverhältnisse, zeigen uns überzeugend, wie man eine auf dem eigenen Boden zu Tage gehende, oder durch Graben hervorgerufene Quelle in Bezug auf den Zufluß des Wassers, eigenthümlich nicht besitzt, nicht besitzen kann, wenngleich das Gesetz, wie auch der Art. 641 des B. G. B. thut, die ausschließliche Benutzung derselben, so lange sie läuft, dem Besitzer zusichert; denn dieser müßte zudem Eigenthümer allen Bodens seyn

wodurch von der Oberfläche her bis zur Entquellung das Wasser sich durchwindet, (welchen zu ermitteln übrigens eine physische Unmöglichkeit seyn würde), oder eine nirgend ausgesprochene gesetzliche Servitut zu seinem Vortheile nachweisen können, insofern es wieder in jedem Falle thunlich wäre, den Zusammenhang der einen Quelle mit der andern außer Zweifel zu stellen. Hiernach übt jeder ein ihm zustehendes Recht, wenn er das Wasser zu seiner Benutzung auffängt, das er unterirrdisch auf eigenem Boden erreichen kann; jure suo usus est, wie §. 12, l. 24 de damno infecto sagt. Dieser §. findet seine Bestätigung in l. 1. §. 12 dig., de aqua et aquae pluv. arcend. und die l. 21 des letztern Titels setzt das Ebengesagte ganz außer Zweifel, indem es darin heißt: si in meo aquam erumpat, quae ex tuo fundo venas habeat, si eas venas incideris, et ob id desierit ad me aqua pervenire, tu non videris vi fecisse, si nulla servitus mihi eo nomine debita fuit; nec interdicto quod vi aut clam teneris.

Was nun schließlich den aus der l. 8 §. 5., si serv. vind., bezüglich des Steinbrechens hergenommenen Einwand betrifft, so ist schon oben auseinandergesetzt worden, daß dieser Fall mit demjenigen der l. 24 §. 12 de damno infecto, in Ansehung des Einsturzes des nachbarlichen Grundstücks durch Tiefgraben, in der Wirklichkeit ganz identisch ist, daher die Lösung auch in beiden auf Rechtsverletzung hinausgehen müßte, weil hier wie dort zwar die Handlung an sich licite vorgenommen worden, deren Wirkung jedoch, über die eigenthümliche Grenze des Handelnden hinausgehend, die Eigenthumsrechte des Nachbars verletzt.

Verzicht auf die Gütergemeinschaft. — Inventar. — Frist. — Kenntniß von dem Tode des Ehemannes.

Zur Errichtung eines Inventars ist die überlebende Ehefrau nur in sofern verpflichtet, als sie sich das Recht erhalten will, auch nach Ablauf der dreimonatlichen Inventarisations- und der vierzigtägigen Ueberlegungs-Frist auf die Gütergemeinschaft zu verzichten. — Schlägt sie daher innerhalb dieser Frist die Gütergemeinschaft aus, so braucht sie kein Inventar zu errichten. — Diese Frist läuft von dem Augenblicke, wo die Frau von dem Tode ihres Mannes Kenntniß erhielt. Art. 1453, 1456 und 1459 B. G. B.

Bottschen — Bottschen.

Der Sammetweber Peter Heinrich Bottschen aus Viersen starb, nachdem er seit einigen Jahren factisch von seiner Ehefrau, Anna Margaretha Hoff, getrennt gelebt hatte, im Jahre 1842 in Wien. Er hatte, da seine Ehe kinderlos geblieben war, durch ein notarielles Testament vom 14. Dezember 1822 die Kinder seines Bruders Hermann Bottschen zu Universalerben eingesetzt, und diese stellten daher unter dem 22. April 1847 gegen die Wittwe Bottschen eine Klage auf Auseinandersetzung der bestandenen Gütergemeinschaft an. Die Wittwe Bottschen hatte indeß, und zwar — wie sie behauptet — sogleich nach erlangter Kenntniß von dem erfolgten Tode ihres Ehemannes, am 12. September 1846 auf dem Secretariate des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf auf die zwischen ihr und ihrem Ehemanne bestandene Gütergemeinschaft verzichtet und setzte daher, auf diesen Umstand gestützt, der Klage die Einrede entgegen, daß sie sich auf eine Theilungsprozedur gar nicht einzulassen habe. Sie begegnete dabei der Behauptung, daß die Verzichtleistung verspätet sey, ihrerseits durch die andere Behauptung, daß sie von dem Aufenthaltsorte und Leben ihres Ehemannes keine Kunde gehabt und sein Absterben erst mehrere Jahre nachher erfahren habe, daß es ihr daher nicht zum Präjudiz gereichen könne, wenn sie ihre Verzichtleistung erst später erklärt habe.

Das L. G. zu Düsseldorf erwog in Beziehung auf diese Streitfrage, daß der Art. 1456 des B. G. B. stricte vorschreibe, die Frau, welche das Recht, zu verzichten, erhalten wolle, müsse binnen 3 Monaten nach dem Tode ihres Mannes ein getreues Inventar errichten; wenn aber auch nach der Natur der Sache hiebei auf die Zeit der von der Ehefrau erlangten Wissenschaft über den Tod ihres Mannes billige Rücksicht genommen werden müsse, so könne doch im gegenwärtigen Falle nicht wohl angenommen werden, daß die Wittwe erst nach 4 Jahren das Ableben ihres Mannes erfahren haben sollte; jedenfalls habe sie aber am 12. September 1846, wo sie auf die Gütergemeinschaft verzichtet habe, von dem Tode ihres Mannes Kenntniß gehabt, und daher von diesem Tage an bis zur Anstellung der Klage, den 22. April 1847, die zur Anfertigung des Inventars und zur Deliberation durch das Gesetz gewährten Fristen beobachten

können und müssen; da dies gleichwohl nicht geschehen, so sey das nach Art. 1453 des B. G. B. ihr gestattete Wahlrecht erloschen und also ihr Verzicht als unwirksam zu betrachten.

Diese Entscheidung wurde jedoch auf die Seitens der Wittwe Bottschen eingelegte Berufung, in Uebereinstimmung mit der von dem öffentl. Ministerium geäußerten Ansicht, von dem A. G. H. aus folgenden Gründen reformirt:

J. E., daß das der überlebenden Ehefrau im Art. 1453 des B. G. B. ertheilte Recht auf Verzichtleistung auf die zwischen ihr und ihrem Ehemanne bestandene Gütergemeinschaft an sich keiner Bedingung unterworfen und nach den Bestimmungen der Art. 1456 u. 1459 ibid. nur diejenige überlebende Ehefrau zur Errichtung eines Inventars verpflichtet ist, welche sich das Recht erhalten will, auch noch später und noch nach Ablauf der dreimonatlichen Inventarisations- und der 40tägigen Ueberlegungsfrist auf die Gemeinschaft zu verzichten, daß dagegen die Aufstellung eines Inventars nicht nöthig ist, wenn die überlebende Ehefrau sich sofort oder doch innerhalb dieser Fristen entschließt, die Gemeinschaft auszuschlagen;

Daß es sich von selbst versteht, daß diese Fristen der Appellantin erst von dem Augenblicke an liefen, wo sie von dem Tode ihres in der Ferne gestorbenen Ehemannes Kenntniß erhielt;

Daß der Umstand, daß derselbe schon im Jahre 1842 erfolgt ist, zu dem Beweise, daß die Appellantin länger als 3 Monate und 40 Tage vor ihrer Verzichtleistung davon unterrichtet gewesen sey, nicht hinreicht und mithin angenommen werden muß, daß diese Verzichtleistung innerhalb der gesetzlichen Frist Statt gefunden habe, hiernach aber dieselbe keinesweges, wie die Appellaten behaupten, für unwirksam zu erklären, vielmehr die lediglich auf Theilung der Gütergemeinschaft gerichtete Klage, da auch gegenwärtig eine Einmischung von Seiten der Appellantin nicht behauptet und articulirt worden ist, abzuweisen ist und den Appellaten, insofern die Appellantin sich im Besitze von Gegenständen befinden möchte, die zur Gütergemeinschaft gehört haben, überlassen bleiben muß, ihre desfallsigen Rechte besonders geltend zu machen;

I. Senat. Sitzung vom 20. März 1848.

Advokaten: Seligmann — Müller.

Zeugenverhör. — Gesuch um Eröffnungsordonnanz.

Das Gesuch, durch welches die Ordonnanz des Richtercommissars behufs Anfang des Zeugenverhörs erwirkt wird, muß nicht nothwendig von dem Anwalte ausgehen.

Art. 259. 260 der B. P. O.

Hindrichs — Oberhoff.

Auf die Berufung von Hindrichs gegen ein Urtheil des Kgl. L. G. zu Elberfeld vom 14. August 1846 hatte der Hof am 13. August 1847 denselben zu einem auch durch Zeugen zu erbringenden Beweise zugelassen, mit deren Vernehmung das Kgl. Friedensgericht zu Ronsdorf beauftragt und die Frist zur Antretung des Zeugenbeweises auf vier Wochen von der Zustellung des Urtheils an bestimmt. Diese erfolgte am 24. dess. M. und schon am 14. September ward dem Kgl. Friedensrichter zu Ronsdorf (wie Oberhoff behauptet, durch ihn selbst) das Urtheil vom 13. August mit einem Gesuche des Advokaten Schmitz de dato Köln den 11. September überreicht, um die Tagesfahrt zu bestimmen, wohin die Gegenbeweiszeugen vorgeladen werden sollten. Die hierauf am nämlichen Tage erlassene Ordonnanz enthält im Wesentlichen, daß nach Einsicht des vorbezogenen Urtheils und des Gesuchs des Advokaten Schmitz als Mandatar des Appellaten, der Termin zur Vernehmungen der Gegenbeweiszeugen auf Samstag den 23. Oktober vorbestimmt werde. Auf Grund dieser Ordonnanz ließ Oberhoff seinen Gegner in dessen Domizil resp. in der Wohnung des Anwalt Forst zum Termine vorladen, auch die Zeugen laden und deren Vernehmung beginnen. Hindrichs ließ, nachdem sowohl Beweis- als Gegenbeweisverfahren beendigt war, durch Anwaltsakt vom 24. November das Protokoll vom 19. Oktober, welches die Beweisaufnahme enthielt, mit dem Incidentantrage, wodurch er die Vernichtung des Gegenbeweisverfahrens verlangte, dem Oberhoff zustellen.

Zur Begründung dieses Antrages wurde angeführt: Der **Anwalt** allein habe das Recht, die Partei vor Gericht zu repräsentiren und zu postuliren d. h. zu allen denjenigen Handlungen und Acten, welche zur Instruction eines Prozesses nöthig seyen. (Art. 94 des Gesetzes vom 27. Ventose

J. 8, Dekret vom 18. Fructidor J. 8, Dekret vom 19. Juli 1810, welches Strafen gegen unbefugtes Postuliren verhängt. Berriat-St.-Prix. ad. Br. p. 66;) ein wesentlicher Theil der Instruction sey das Beweisverfahren, wofür ihn der Art. 293 der B. P. O. verantwortlich mache; die Einleitung des Zeugenbeweises geschehe durch die Ordonnanz des Commissars, welche der Anwalt gemäß Art. 76 u. 91 des Tarifs vor dem Commissar mündlich zu Protokoll oder schriftlich mittels Requete nachsuchen könne, (woher das Wort réquisition im Art. 259.) Das Gericht kenne die Partei nur durch den Anwalt, nur dieser, nicht einmal die Partei selbst, noch weniger der Advokat könne diesen Prozeduract gültig vornehmen (Merlin Rép. Postulation II), der Advokat habe kein präsumtives Mandat, und eine Genehmigung nach Ablauf der Frist sey jedenfalls unwirksam.

Für Oberhoff wurde erwidert: die Art. 257. 259 verlangen nur, daß in der Frist die Ordonnanz erwirkt werde; von wem, sey gleichgültig, und nirgendwo gesagt, daß bei Strafe der Nichtigkeit nur der Anwalt sie begehren könne; auch sey der Advokat, der schon in der Sache plaidirt habe, als Mandatar der Partei zu präsumiren.

Der A. G. H. erkannte in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums:

J. E., daß nach Vorschrift des Art. 259 der B. P. O. die Ordonnanz des beauftragten Richters, mittelst welcher der Termin zur Vernehmung der Zeugen anberaumt ist, diejenige Handlung bildet, mit welcher der Zeugenbeweis für angetreten erachtet wird, daß diese Verfügung des Richters voraussetzt, daß derselbe von der beweisführenden Partei mit dem Gesuche um Bestimmung jenes Termins angegangen worden sey, in welcher Weise dieses Gesuch selbst angebracht werden müsse, aber von dem Gesetze nicht besonders bestimmt ist;

Daß in dem Art. 260 ib. nicht dieses Gesuch, sondern nur die auf dasselbe ergangene Ordonnanz unter denjenigen Actenstücken aufgeführt ist, welche unter Nichtigkeitsstrafe der Ladung der Zeugen in Abschrift beigefügt werden sollen, und demnach nur die Ordonnanz ein Prozedurstück bildet, auf welches das Gesetz ein wesentliches Gewicht gelegt und an welches es erhebliche Folgen geknüpft hat;

Daß hieraus aber mit Grund zu folgern ist, daß der Gesetzgeber nicht für nöthig geachtet hat, eine bestimmte Weise,

in der das Gesuch anzubringen, vorzuschreiben und von deren Beobachtung die Gültigkeit desselben abhängig zu machen, es daher auch für ein nothwendiges Erforderniß eines solchen Gesuchs nicht gehalten werden kann, daß es schriftlich und von dem Anwalte der betreibenden Partei abgefaßt und eingereicht werde;

Daß auch das Ausbringen dieses Gesuches seiner ganzen Bewandniß nach für eine Handlung, bei welcher die Vertretung der Partei durch ihren Anwalt sich aus überzeugenden Gründen als nothwendig darstelle und deren Vollziehung ausschließlich dem Anwalte zuzugestehen sey, um so weniger gelten kann, als es der Partei gestattet ist, bei dem Zeugenverhöre selbst ihre Rechte persönlich oder durch einen Bevollmächtigten wahrzunehmen;

Daß auch der Art. 259 selbst obige Ansicht in sofern bestätigt, als nach dem zweiten Absatze desselben der Richtercommissar in der von ihm aufzunehmenden Verhandlung von der an ihn ergangenen Requisition Meldung thun soll, dieser Ausdruck aber dafür spricht, daß die Art und Weise, wie der Commissar mit dem Gesuche befaßt werde, an eine bestimmte Form nicht gebunden, und daß ein von der Partei selbst oder einem Bevollmächtigten derselben angebrachtes Gesuch nicht ausgeschlossen sey;

Daß im Uebrigen daraus, daß in dem Art. 76 und 91 des Kostentarifs vom 16. Februar 1847 dem Anwalte eine Gebühr für die Bittschrift um Ertheilung der richterlichen Ordonnanz wegen Ansetzung des Termins zur Vernehmung der Zeugen rc. ausgesetzt ist, nicht folgt, daß ihm ausschließlich die Befugniß zustehe, die gedachte Ordonnanz zu erwirken;

Daß demnach die vorliegende Ordonnanz und das in Folge derselben abgehaltene Gegenzeugenverhör darum nicht für nichtig erklärt werden kann, weil erstere auf den Grund einer nicht von dem Anwalte des Appellaten unterzeichneten Bittschrift erlassen worden ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. den Antrag des Appellanten, das Gegenzeugenverhör vom 23. und 30. October d. J. für nichtig zu erklären.

III. Senat. Sitzung vom 3. Dezember 1847.

Advokaten: Forst — Hardung, Schmitz.

Bergbau. — Entschädigung des Grundeigenthümers.

Der Minenbesitzer, welcher zum Betriebe des Bergbaues fremdes Grundeigenthum benutzt, muß auch in dem Falle dem Grundeigenthümer und zwar fortwährend das doppelte des Jahresertrages des benutzten Grundstücks als Entschädigung leisten, wenn diese Benutzung länger als ein Jahr dauert und der Grundeigenthümer sein Grundstück dem Minenbesitzer eigenthümlich nicht überlassen will.

Gesetz v. 21. April 1810, Art. 43 u. 44.

Vereinigungs-Gesellschaft für den Steinkohlenbau im Wurmrevier — Gemeinde Heiden.

Die gedachte Steinkohlenbau-Gesellschaft benutzte seit länger als Jahresfrist zum Zwecke des Bergbaubetriebs zwei der Gemeinde Heiden eigenthümlich zugehörige Grundstücke. Sie beabsichtigte diese Grundstücke eigenthümlich zu erwerben und erbot sich daher, der Gemeinde Heiden dafür in Gemäßheit der Bestimmungen des Bergwerksgesetzes vom 21. April 1810 den doppelten Werth derselben als Kaufpreis zu zahlen. Die Gemeinde konnte oder wollte jedoch auf diese Veräußerung nicht eingehen und verlangte vielmehr für die fernere Benutzung der fraglichen Parzellen und so lange diese dauern würde, jährlich eine dem doppelten Ertrage gleich kommende Entschädigung.

Der hierauf gerichteten Klage der Gemeinde Heiden gab das Kgl. Landgericht zu Aachen durch folgendes Urtheil vom 20. August 1847 statt:

J. E., daß nach Art. 43 und 44 des Gesetzes vom 21. April 1810*) der Grundeigenthümer seinen Grund und Boden

*) Diese Artikel lauten, wie folgt:

Art. 43. Les propriétaires de mines sont tenus de payer les indemnités dues au propriétaire de la surface sur le terrain, auquel ils établiront leurs travaux.

Si les travaux entrepris par les explorateurs ou par les propriétaires de mines ne sont que passagers, et si le sol où ils sont été faits peut être mis en culture au bout d'un an, comme il était auparavant, l'indemnité sera réglée au double de ce qu'aurait produit net le terrain endommagé.

für die Arbeiten der Bergtreiber und Minenbesitzer herzugeben verpflichtet ist und nicht einmal dessen Abkauf verlangen darf, wenn die Arbeiten vorübergehend sind und der Boden, wo sie angelegt werden, zu Ende eines Jahres wieder angebaut werden kann, indem er sich vielmehr die Entziehung des Genusses gegen doppelte Entschädigung gefallen lassen muß;

Daß diese Entschädigung dem Eigenthümer der Oberfläche aber auch dann gebührt, wenn er, — wozu er einzig und allein angehalten werden kann, — eine längere Benutzung dem Minenbesitzer einräumen muß, wogegen aus seinem Rechte, in diesem Falle den Abkauf gegen Ersatz des doppelten Werthes zu fordern, keineswegs mit der Verklagten zu folgern ist, daß bei Nichtausübung jenes Rechts nur eine einfache Vergütung für die entzogene Benutzung eintreten dürfe, da vielmehr mit dem doppelten Preise auch der Genuß doppelt vergütet und zugesichert wird; daß auch kein Grund abzusehen, weshalb das Gesetz, welches dem Eigenthümer zur Pflicht macht, seinen Grund und Boden im Interesse des Bergbaues entweder zur Benutzung oder eigenthümlich abzutreten, im erstern Falle eine geringere Entschädigung als im andern bestimmt haben sollte;

Daß daher die Beklagte die geforderte Vergütung zu leisten hat, deren Ausmittelung bei dem Mangel einer Einigung zwischen den Parteien durch Sachverständige u. s. w. stattfinden muß u. s. w.

Aus diesen Gründen

erklärt das Kgl. Landgericht die Beklagte, unter Verurtheilung in die Kosten, schuldig, der Klägerin die in Gemäßheit des

Art. 44. Lorsque l'occupation des terrains pour la recherche ou les travaux des mines, prive les propriétaires du sol de la jouissance du revenu au-delà du tems d'une année ou lorsqu'après les travaux, ne sont plus propres à la culture, on peut exiger des propriétaires des mines l'acquisition des terrains à l'usage de l'exploitation. Si le propriétaire de la surface le requiert, les pièces de terre trop endommagées ou degradées sur une trop grande partie de leur surface, devront être achetées en totalité par le propriétaire de la mine.

L'évaluation du prix sera faite, quant au mode, suivant les règles établies par la loi du 16. September 1807 sur le desséchement des marais etc. tit. XI; mais le terrain à acquérir sera toujours estimé au double de la valeur qu'il avait avant l'exploitation de la mine.

Art. 43 des Gesetzes vom 21. April 1810 auf das Doppelte des jährlichen Ertrages zu berechnende und durch Experten näher zu ermittelnde Entschädigung dafür zu gewähren, daß u. s. w.

Gegen dieses Urtheil legte die Steinkohlenbau-Gesellschaft die Berufung ein, zu deren Rechtfertigung im Wesentlichen angeführt wurde, der Art. 44 des Gesetzes vom 21. April 1810 verordne die Bezahlung des doppelten Werthes eines zum Bergbau benutzten Grundstückes, im Falle der Eigenthümer dessen Uebernahme begehre; der Art. 43 al. 2 l. c. gebe ebenfalls dem Bergbauer auf, bei einer vorübergehenden, nur ein Jahr dauernden Benutzung eines solchen das Doppelte des reinen Jahresertrages als Entschädigung zu leisten; diese singulären Vorschriften dürften aber auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden; vielmehr könne der Eigenthümer des zum Bergbaue, nicht blos vorübergehend, sondern auf länger als ein Jahr benutzten Grundstücks, wenn er die Uebernahme desselben Seitens des Bergbaubesitzers nicht verlange, nach allgemeinen Gesetzen und nach Art. 43 al. 1 l. c. nur den Ersatz des wirklich entbehrten jährlichen Ertrages fordern.

Der A. G. H. verwarf indeß in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums die eingelegte Berufung aus den Gründen des ersten Richters.

I. Senat. Sitzung vom 4. April 1848.

Advokaten: Kyll — Müller.

Benachbarte Grundeigenthümer. — Gegenseitige Rechte. — Steinbruch. — Steinsprengen. — Eingriff in das benachbarte Eigenthum. — Vorkehrungen dagegen. — Schadenersatz.

Ein Eigenthümer darf sein Grundstück nur so benutzen, daß die Rechte des benachbarten Grundeigenthümers dadurch nicht beeinträchtigt werden; gleichviel ob der Eingriff durch mittelbare oder unmittelbare Berührung des fremden Eigenthums, durch eine bleibende Anlage oder nicht erfolgt. Daher darf der Eine in seinem Stein-

bruche die Sprengarbeiten der Art nicht vornehmen, daß die Steine auf das Grundstück des Andern herabfallen, und dasselbe beschädigen. Können dagegen schützende Vorkehrungen nicht getroffen werden, so muß er die Arbeiten einstellen, jedenfalls den angerichteten Schaden ersetzen. *)

Rüping — Domkirche zu Köln.

Die Metropolitan-Domkirche zu Köln hatte zum Ausbau des Domes einen Steinbruch in der Domkaule, am Steinchen des Drachenfels, in der Gemeinde Königswinter, eröffnen lassen. In der Nähe desselben besitzen die Gebrüder Rüping einen Weinberg. Von diesen wurde die erstere unter dem 25. April 1846 vor dem Landgerichte zu Köln mit dem Antrage belangt: entweder das Brechen und Sprengen von Steinen in dem Steinbruche gänzlich einzustellen, oder nach dem Gutachten von Sachverständigen solche Vorrichtungen zu treffen, daß der Weinberg der Kläger von den gesprengten Steinen nicht mehr erreicht werde; dann ihnen denjenigen Schaden zu ersetzen, welcher durch das am 19. März jenes Jahrs stattgehabte Sprengen und Herunterstürzen einer großen Steinmasse auf diesem Grundstücke angerichtet worden, so wie durch Unsicherheit und Unzugänglichkeit desselben entstanden und noch entstehen werde. Zur Begründung der Klage erboten die Kläger den Zeugenbeweis, und provocirten resp. auf ein Gutachten von Sachverständigen.

Von der Verklagten wurde zugegeben, daß sich am 19. März aus dem gedachten Steinbruche ein Felsenstück abgelöst, vom klägerischen Felsenboden eine Schale abgequetscht habe, daß diese über eine von Bruchsteinen angebrachte Schutzmauer gestürzt sey und eine Anzahl von Weinstöcken (43) der Kläger beschädigt habe. Sie war desfalls zum Ersatze bereit, und hatte dieses auch vor der Klage dem Verwalter der Kläger angezeigt. Die beiden ersten Klageanträge aber hielt sie für unstatthaft, indem jeder auf seinem Grundstücke vornehmen könne, was ihm gefalle, und nur für den auf fremdem Grunde wirklich angerichteten Schaden verantwortlich werde. Weiter als diese Verbindlichkeit gehe

*) Man vergl. die Sache Brebach — Röllinghof, S. 81 dieses Bandes.

das Recht der Kläger nicht, die übrigens dadurch, daß der Steinbruch nach den Anordnungen des Oberbergamts zu Bonn und unter Aufsicht des Bergamts zu Siegen und eines besondern Steigers betrieben werde, so weit als möglich geschützt seyen.

Nach dem Antrage der Verklagten wurde durch Urtheil vom 22. Dezember 1846 erkannt, und hiernach nur in dem Punkte der Klage statt gegeben, welcher die Ausmittelung des am 19. März erfolgten Schadens betrifft, dieserhalb den Klägern aufgegeben, ihre Forderungen aufzustellen und der Gegnerin in einer Frist von 6 Wochen zuzustellen.

Rücksichtlich des Steinsprengens stellt das Urtheil den Grundsatz auf, daß dem Eigenthümer im Allgemeinen, und insoweit sein Recht durch besondere positive Gesetze nicht beschränkt ist, die Befugniß zustehe, die ihm zugehörende Sache in jeder beliebigen Weise zu benutzen, daß diese Befugniß aber die Verbindlichkeit nicht ausschließe, den mit der Benutzung verbundenen, durch schädliche Einwirkung auf dem Eigenthume des Andern entstandenen Schaden zu ersetzen. Das Recht, dem Eigenthümer die gewählte Benutzungsart für die Zukunft zu untersagen, stehe nur dann dem Beschädigten zur Seite, wenn der Schaden seinen Grund in einer bleibenden, fortwährenden Anlage habe. — Von dieser Ansicht war die Abweisung der Klagepunkte, bezüglich der Untersagung des Sprengens, oder der Vorkehrung von Schutzmaßregeln, so wie wegen des künftigen Schadens eine nothwendige Folge.

Die Kläger ergriffen gegen das Urtheil erster Instanz die Berufung, wiederholten ihre Gründe und Anträge erster Instanz und nahmen subsidiarisch noch denjenigen: durch Zeugen zu dem Beweise zugelassen zu werden, daß nicht allein durch das Sprengen vom 19. März 1846 in dem fraglichen Weinberg 43 Weinstöcke beschädigt und zerstört und ein Theil desselben durch die herabgefallene Steinmasse verschüttet worden, sondern daß auch durch das fortwährende Steinbrechen seit jenem Vorfalle, resp. seit der Klage, weitere Steinüberschüttungen und Beschädigungen der Weinstöcke stattgefunden, und daher das Betreten und die Bearbeitung des appellantischen Grundstücks unsicher und gefährdet sey.

Dann verlangten dieselben Bericht und Gutachten von drei Sachverständigen darüber: ob und durch welche Methode der Bearbeitung des appellatischen Steinbruchs, oder ob und durch welche Schutzmaßregeln an der Grenze desselben, letzteres gegen die nachtheiligen Folgen des Sprengens gesichert werden könne, resp. ob schon dermalen, wie gegnerischer Seits behauptet werde, dergleichen bestehen oder nicht; endlich den Sachverständigen auch mit Rücksicht auf das Ergebniß des Zeugenverhörs und den Befund an Ort und Stelle die Abschätzung des geschehenen Schadens aufzugeben.

Seitens der Appellatin wurde auf Verwerfung der Berufung angetragen, dabei die Behauptung aufgestellt, daß seit der Anstellung der Klage, selbst seit dem 19. März 1846 durch die Sprengarbeiten keine Steine mehr auf das appellantische Eigenthum gefallen seyen; daß sich seit dem 19. März bis zur Zeit der Klage, den 21. April 1846, nach der Seite des Weinbergs eine Felsenwand gebildet habe, wodurch das Ueberfallen der Steine in denselben von selbst verhindert werde, und für die erste Behauptung der Zeugenbeweis, für die zweite der Expertenbeweis erboten. Veranlaßt durch den spätern Subsidiarantrag der Gegner nahm die Appellatin noch am Schlusse der Verhandlung einen weitern Antrag. In demselben stellt sie zuvörderst die Competenz des Gerichtes in Zweifel, eine solche Expertise über die Schutzmaßregeln anzuordnen, wie solche von den Appellanten provozirt worden sey, verbindet hiermit das Beweiserbieten durch Zeugen und Urkunden, daß der fragliche Steinbruch nach einem von dem Oberpräsidenten extrahirten Gutachten des Oberbergamtes zu Bonn unternommen, nach dessen Anordnung unter Oberaufsicht des Bergamtes zu Siegen, durch den vereideten Steiger Kamp betrieben werde, auch schon am 19. März betrieben worden sey, und daß Sicherungsmittel für das Grundstück des Appellaten von der Aufsichtsbehörde nicht verordnet worden, verlangt dann, wenn man sich hierzu ermächtigt halten sollte, die Abgabe des Gutachtens durch die Beamten des Bergamtes zu Siegen oder des Oberbergamtes zu Bonn. — Ob in der fraglichen Beziehung eine Competenz des Gerichtes angenommen werden könne, wurde deshalb in Zweifel gezogen, weil nur der administrativen Behörde, nämlich dem Bergamte oder dem Oberbergamte die Befugniß zustehen könne, zu untersuchen und festzustellen,

ob und welche Vorsichtsmaßregeln bei dem Bergbau jeglicher Art anzuwenden, und derjenige, der sich nicht für genügend geschützt halte, den Recurs an die höhere Verwaltungsbehörde zu ergreifen habe.

Das öffentliche Ministerium meinte, daß eine administrative Anordnung von Schutzmaßregeln von keiner Partei provozirt und auch nicht erfolgt sey, wie sich aus dem desfalls erbotenen Beweise selbst ergebe. Darüber sey daher ein administrativer Act gar nicht vorhanden, der aber auch die gerichtliche Competenz nicht beseitigen würde, weil es sich von einem Eingriffe in das Eigenthum handle. — Für die Sache selbst wurden von ihm die über die wechselseitigen Rechte benachbarter Grundeigenthümer, namentlich in Bezug auf das Steinsprengen, in der Note zu der Sache Brebach gegen Röllinghof*) entwickelten Grundsätze in Anspruch genommen, und demnach den Appellanten das Recht vindizirt, auf das Verbot des Steinsprengens zu bestehen, wenn eine ihr Grundstück durchaus schützende Vorkehrung nicht hergestellt werden könne.

Urtheil:

I. E., daß es zwar mit dem ersten Richter als unzweifelhaft angenommen werden muß, daß jedem Grundeigenthümer die beliebige Benutzung seines Grundstücks zusteht, soweit dieselbe nicht durch besondere Gesetze eingeschränkt ist; Art. 552 des B. G. B.;

Daß aber, weil diese Befugniß jedem Grundbesitzer gleichmäßig zusteht, Niemand eine Benutzungsart wählen darf, welche ohne einen Eingriff in das Eigenthum des Nachbars unausführbar ist;

Daß daher jede Benutzungsart, wodurch das Nachbargrundstück unmittelbar oder mittelbar berührt und dessen Besitzer in der freien Benutzung seines Eigenthums beschränkt wird, einen Uebergriff in fremdes Eigenthum darstellt und als solcher unstatthaft erscheint;

Daß es dabei nicht darauf ankommt, ob einer solchen Benutzungsweise eine bleibende, fortwährend schädliche Anlage zum Grunde liegt, oder ob es einer solchen bleibenden

*) Siehe Seite 83 dieses Bandes.

Anlage nicht bedarf, wenn überhaupt die Art der Benutzung in fremdes Eigenthum eingreift;

Daß, wenn daher die Anlage offener Steinbrüche auf eigenem Grund und Boden keinem Eigenthümer verwehrt werden kann, doch deren, ohnehin als bleibende Anlage zu betrachtende Ausbeutung in einer Weise geschehen muß, daß dadurch das Ueberschütten von Steinen und Geröll auf das Nachbargrundstück vermieden wird l. 8 §. 5. si serv. vind.;

Daß aber die Appellatin selbst zugiebt, daß durch das Sprengen in dem von ihr am Steinchen des Drachenfelses angelegten Steinbruche am 19. März 1846 eine Ueberschüttung auf den Weinberg der Appellanten wirklich stattgefunden habe, worüber es also einer Beweisaufnahme nach dem Subsidiar-Antrage der Appellanten nicht ferner bedarf;

Daß vielmehr, wenn auch der Antrag der Appellanten auf unbedingte Untersagung des Sprengens im Steinchen als ungesetzlich verworfen werden muß, dennoch das Verlangen solcher Vorkehrungen, wodurch der Weinberg der Appellanten gegen die fernere Ueberschüttung von Stein- nnd Erdmassen gesichert wird, vollständig gerechtfertigt erscheint, indem es einem so bereits beschädigten Nachbar nicht, wie der erste Richter annimmt, zugemuthet werden kann, bei der Fortsetzung einer gleichen Benutzungsart, sich nur mit dem Ersatze des jedesmaligen Schadens zu begnügen und so der Gefahr fortwährender Entschädigung ausgesetzt zu bleiben;

Daß, was diesen Schaden betrifft, die Klage der Appellanten zwar die Auslegung zuläßt, daß nur der Ersatz des am 19. März 1846 verursachten Schadens Gegenstand der Forderung sey; daß jedoch der ganze Zusammenhang des Klageantrags dahin deutet, daß durch den noch entstehenden Schaden auch derjenige gemeint sey, welcher bis zur Entscheidung über die Abänderung der Benutzungsart durch die Fortsetzung des Sprengens der Steine entstehen werde;

Daß, wenn die Anlage der Appellatin dem Weinberge der Appellanten einen solchen Schaden ferner zuzufügen geeignet ist, die Verpflichtung zu dessen Ersatze bis zur Abänderung der Anlage oder der Benutzungsart nicht zu bestreiten, mithin auch auf desfallsigen Antrag über diese Verpflichtung zu erkennen ist, obgleich nach Art. 523 seq. der

B. P. O. die Liquidation des Quantums erst nach erfolgter Beschädigung statt finden kann;

Daß indessen die Appellatin behauptet, und den Beweis durch Zeugen und Experten darüber erbietet, daß sich seit dem 19. März 1846 und vor Anstellung der Klage auf der Seite des Weinbergs der Appellanten eine Felswand gebildet habe, wodurch das Ueberfallen der Steine in den Weinberg seitdem unterblieben sey, und von selbst verhindert werde;

Daß, wenn dieser Beweis erbracht wird, die Appellanten schon vor der Klage (bis auf die Entschädigung wegen des Vorfalls vom 19. März 1846) factisch klaglos gestellt wären, weshalb vor Allem dieser Beweis als erheblich auferlegt werden muß, wobei das subsidiarische Beweiserbieten der Appellanten über die Fortdauer des Schadens, wenn es auch zur Begründung der Hauptklage überflüssig erscheinen würde, jedenfalls als Gegenbeweis und zur Begründung weiterer Entschädigungsansprüche nicht auszuschließen ist;

Daß endlich die subsidiarisch von den Appellanten beantragte Expertise theils die Einrichtung der künftigen Anlage, theils die Ermittelung des Schadensquantums betrifft, in beiden Beziehungen daher eine vorherige Entscheidung über die Verpflichtung zu einer solchen Einrichtung und weiteren Entschädigung voraussetzt, diese aber von dem Resultate der appellatischer Seits beantragten Beweisaufnahme abhängig ist, bis wohin auch die Entscheidung über den Kostenpunct, sowohl der ersten als dieser Instanz vorbehalten bleiben muß.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung der Appellanten gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 22. Dezember 1846,

> soweit darin der Antrag derselben auf gänzliche Untersagung der Benutzung des appellatischen Steinbruchs am sogenannten Steinchen des Drachenfelsens zu Königswinter zurückgewiesen ist, als unbegründet,

gibt dagegen, bevor er über die fernern Entscheidungen des Kgl. Landgerichts zu Köln in dem gedachten Urtheil, sowohl in der Hauptsache als über den Kostenpunkt definitiv erkennt,

a) der Appellatin auf:

1) durch Zeugen und Sachverständige zu beweisen:

daß seit dem 19. März bis zum 25. April 1846 sich nach der Seite des Weinberges der Appellanten hin an dem Steinchen des Drachenfelses zu Königswinter eine Felsenwand gebildet habe,

2) durch Sachverständige darzuthun:

daß durch diese Felsenwand ad 1) jedes Ueberfallen und Ueberschütten von Steinen oder Geröll auf den Weinberg der Appellanten verhütet werde, gestattet ferner

b) die Appellanten zum Zeugenbeweise darüber:

daß durch das fortwährende Steinbrechen der Appellatin in dem erwähnten Steinbruche am Drachenfelsen seit dem 19. März 1846 weitere Steinüberschüttungen resp. Weinstocksbeschädigungen in dem Weinberge der Appellanten stattgefunden haben und das Betreten und Bearbeiten dieses Weinbergs unsicher und gefährlich sey; sowie

c) die Appellatin zum Gegenbeweise durch Zeugen darüber:

daß seit dem 19. März 1846 durch die Sprengarbeiten der Appellatin in dem Steinbruche am Steinchen keine Steine oder sonstige Gegenstände ferner in den Weinberg der Appellanten gefallen sind u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 9. März 1848.

Advokaten: Seligmann — Compes.

Edict vom 27. Februar 1816. — Kirchliche Ehe. — Bürgerliche Gültigkeit derselben. — Copulationsattest. — Eintragung. — Civilstandsregister.

Die vor der Verkündigung dieses Edicts bloß kirchlich abgeschlossenen Ehen hat dasselbe im §. 1 als bürgerlich gültig erklärt, und diese Gültigkeit jedenfalls insofern von der gemeinschaftlich durch die Eheleute bewirkten Eintragung des Heirathsattestes nicht abhängig

gemacht, als ein Widerspruch dagegen von einem derselben nicht behauptet wird, und solche seit der kirchlichen Trauung als Eheleute gelebt haben.*)

Platten — Berg.

Johann Platten, verheirathet mit der Jeannette Berg, starb im Jahre 1813 mit Hinterlassung eines Testamentes, worin er selbige im Falle der Wiederverheirathung zur Universalerbin einsetzt; dagegen, wenn sie im Wittwenstande bleiben sollte, ihr bloß die Leibzucht seines Vermögens vermacht, jedoch mit der Befugniß, dasselbe anzugreifen, insofern dieses zu ihrem bessern Unterhalte erforderlich seyn sollte.

Im October 1846 klagten die gegenwärtigen Appellanten als Erben des Johann Platten, vor dem Landgerichte zu Trier auf Auseinandersetzung der zwischen den gedachten Eheleuten bestandenen Gütergemeinschaft. Dieser Klage wurde von den nunmehrigen Appellaten, den Erben der Jeannette Berg, entgegengesetzt, daß dieselbe im August 1815 mit Mathias Hauprich zur zweiten Ehe geschritten, dadurch Universalerbin des ersten Ehemannes geworden, und daher die Forderung der Gegner ungegründet erscheine. Dagegen behaupteten diese, mit Hauprich habe nur eine kirchliche Copulation, eine Ehe mit civilrechtlichen Wirkungen aber nicht stattgefunden, und sey sonach auch die Bedingung des Testamentes nicht vorhanden. Diesem Einwande zu begegnen, beriefen sich indeß die Verklagten auf das Kgl. Edict vom 27. Februar 1816, über die Gültigkeit der gegen das franz. Civilrecht vollzogenen Ehen, nach welchem die zweite Ehe der Jeannette Berg als eine civilrechtlich gültige angesehen werden müsse.

Dieses nahm auch das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Trier als richtig an, und ließ demnach die Verklagten zu dem Beweise durch Urkunden zu:

*) Wäre wirklich die Gültigkeit der Ehe von der gemeinschaftlich veranlaßten Eintragung der Heirathsurkunde durch §. 3 abhängig gemacht, so kann von jener sobald nicht mehr Rede seyn, als diese unterblieben ist; denn die Eheleute haben von der Wohlthat des Gesetzes dann keinen Gebrauch gemacht. Hat aber der §. 1 deren Gültigkeit unbedingt angenommen, dann würde es ganz irrelevant seyn, daß ein Einspruch von dem einen oder andern der Eheleute erhoben worden.

daß im August 1815 auf die bewilligten Demissorialien des competenten Ortspfarrers die Ehe des Mathias Hauprich mit der Jeannette Berg von dem Pfarrer der Kirche zu St. Gangolph zu Trier durch priesterliche Einsegnung vollzogen worden sey.

Die Erben Platten, welche die Berufung gegen dieses Interlocut ergriffen, suchten selbige durch die Anführung zu rechtfertigen, daß der §. 3 des Edicts als nothwendige Bedingung seiner Anwendung fordere, daß die Eintragung des pfarrlichen Attestes über die in der Kirche vollzogene Ehe auf den Antrag beider Eheleute in die Civilstandsregister und resp. Kirchenbücher erfolgt sey, und von dieser Handlung, welche vorliegend nicht geschehen, die civilrechtliche Gültigkeit der Ehe abhängig gemacht worden; wie auch der Rh. R. G. H. am 22. Dezember 1830, Arch. 15. 1. 79, und am 14. Februar 1838, Arch. 26. 1. 239, erkannt habe, der in der gemeinschaftlich bewirkten Eintragung des gedachten Attestes allein die Constatirung der wechselseitigen Einwilligung der Eheleute gefunden, daß sie ihrer Verbindung auch bürgerliche Wirkungen beizulegen die Absicht gehabt.

Für die Appellaten wurden die Gründe des ersten Richters geltend gemacht, der besonders hervorgehoben, daß es von der Willkühr der Eltern nicht habe abhängig gemacht werden sollen, ob Kinder aus solchen blos kirchlich geschlossenen Ehen als eheliche Kinder anzusehen seyen oder nicht, welche doch zufolge §. 1 des Edicts als eheliche Kinder gehalten werden sollten; und daß nach der Erklärung des Justizministers in dem Rescripte vom 19. Dezember 1825 (Lottn. Samml. Bd. 2, S. 626) aus den Verhandlungen, die dem Edicte vorhergegangen, ganz unzweideutig die Absicht des Gesetzgebers hervorgehe, die Gültigkeit solcher kirchlich abgeschlossenen Ehen von der Willkühr der Eheleute und von der Beobachtung einer bloß polizeilichen Maaßregel nicht abhängig zu machen. Jedenfalls sey die Berg im guten Glauben gewesen, eine gültige Ehe geschlossen zu haben und müsse solche daher für sie mit Bezug auf die Art. 201 u. 202 des B. G. B. als eine putative erachtet werden.

Das öffentl. Ministerium trug auf Verwerfung der Berufung an, und stellte zu dem Ende folgende Sätze auf:

1) Zweck des Edictes ist es, zufolge dessen Eingang die

Zweifel über die Gültigkeit solcher ehelichen Verbindungen und die Rechtmäßigkeit der darin erzeugten Kinder zu heben, welche in den mit der preußischen Monarchie vereinigten Provinzen, wo das franz. Gesetzbuch gegolten oder noch gilt, ohne Beobachtung der bei Eingehung und Vollziehung der Ehe bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten, eingegangen worden sind.

2) Zur Erreichung dieses Zweckes werden im §. 1 alle bloß kirchlich geschlossenen Ehen unbedingt als civilrechtlich (denn kirchlich waren sie es schon) gültig und die darin erzeugten Kinder als eheliche erklärt, demnach dem kirchlichen Acte die Wirkungen der Civilstandsurkunde beigelegt, aus welcher nach Maaßgabe des Art. 194 des B. G. B. die Civileffecte der Ehe in Anspruch genommen werden können. In dieser Erklärung ist auch nothwendig die praesumtio juris et de jure ausgesprochen, daß jeder, der in solcher Weise die Heirath vollzogen, die Absicht gehabt habe, damit die bürgerlichen Wirkungen zu verbinden.

3) Aus diesem Grunde schon kann es der Sinn des §. 3 des Edicts nicht seyn, von einer von den Eheleuten gemeinschaftlich zu bewirkenden Eintragung des Copulationsscheines in die Civilstandsregister, welche eine ausdrückliche Einwilligung derselben vertreten soll, der bisherigen bloß kirchlichen Verbindung auch bürgerliche Wirkungen ertheilen zu wollen, deren civilrechtliche Gültigkeit abhängig zu machen.

4) Auch deshalb kann dieses nicht angenommen werden, weil alsdann das Edict auf bei dessen Publication bereits gebrochene Ehen ohne Anwendung wäre; was jedoch gerade gegen die ausdrückliche Bestimmung des §. 1 angeht, der allen solchen Ehen ohne Unterschied zu Gute kommen soll.

5) Alsdann wäre es nicht weniger der Willkühr der Eheleute überlassen, eine Ehe, deren gültige Abschließung an sich jedenfalls das Gesetz anerkennt, bürgerliche Wirkung beizulegen oder nicht, sich wechselseitig und ihren Kindern diese zu benehmen, und auf diese Weise sich zudem die Entscheidung über einen Gegenstand der öffentlichen Ordnung anzumaßen.

6) Will man die civilrechtliche Wirkung der Ehe von der spätern Einwilligung der Contrahenten abhängig machen, so ist dann auch diese Eiwilligung der bürgerliche Act, wodurch

die Civil=Ehe in das Leben tritt; sie würde also nicht von dem Tage der kirchlichen Copulation, sondern von dem Tage ihrer Eintragung in die Civilstandsregister datiren. Wie ist dieses aber vereinbar mit der Bestimmung des §. 1, der evident dem kirchlichen Act selbst die Wirkung des bürgerlichen ertheilt, indem er die kirchlich vollzogene Ehe für civilrechtlich gültig erklärt?

7) die wirkliche und alleinige Absicht des §. 3 des Edictes, dessen Fassung allerdings nicht ganz entsprechend ist, geht hiernach lediglich dahin, den Eheleuten eine Anweisung zu ertheilen, wie sie sich den künftigen Beweis der abgeschlossenen Ehe sichern sollen, nämlich durch die Eintragung des Copulationsattestes in die Civilstandsregister, oder in Westphalen, in die neuen Kirchenbücher. Da der Staat unter der Herrschaft des hiesigen B. G. B. sich mit der Sorge der Aufbewahrung der Pfarrbücher nicht befaßt, er jedoch dabei interessirt war, den Civilstand der fraglichen Familien sicher zu stellen, so griff er ganz natürlich zu dem Mittel der Uebertragung der Beweisurkunden in die gesetzlich hierzu bestimmten Register. Daß dieselbe übrigens nur auf den Antrag beider Eheleute geschehen dürfe, ergibt sich nicht einmal aus der Wortfassung des §. 3, und ist bloß eine Folge der Unterstellung, daß zu dem kirchlichen Abschlusse der Ehe noch eine Zuthat nöthig sey, um eine bürgerliche hervorzubringen. Dann ist auch dem Civilstandsbeamten der Rheinprovinz nie eine Instruction über die Aufnahme des Actes, in Betreff der Vorlegung und Eintragung der gedachten Atteste ertheilt worden; was gewiß geschehen wäre, wenn durch diese Handlung eine Civil=Ehe zu constatiren gewesen wäre. Zu diesem Allem kommt nun noch die auf die Einsicht der der Abfassung dieses Gesetzes vorangegangenen Verhandlungen beruhende Versicherung des Justizministers in dem oben bezogenen Rescripte vom 19. Dezember 1825, nach welcher es eben so wenig Absicht gewesen, die Gültigkeit einer kirchlich abgeschlossenen Ehe von der Willkühr der Eheleute als von der Bewirkung der fraglichen Eintragung abhängen zu lassen. Hierfür spricht auch ohnehin die Analogie der Art. 170 und 171 des B. G. B. Dort wird eben so dem Franzosen, der im Auslande eine Heirath geschlossen, zur Pflicht gemacht, binnen den drei Monaten seit seiner Rückkehr nach Frankreich seine Heirathsurkunde in die Civilstandsregister seines Wohnorts eintragen

zu lassen; allein von dieser Eintragung sind so wenig die ehelichen Rechte des Mannes als der Frau abhängig gemacht. vid. Urtheile des Pariser Cassationshofes, vom 16. Juni 1829, Sir. 29. 1. 261, 12. Februar 1833, Sir. 33. 1. 196, vom 23. November 1840, Sir. 40. 1. 929.

Urtheil:

J. E., daß durch den §. 1 des Edicts vom 27. Februar 1816 die bis dahin durch priesterliche Einsegnung vollzogenen Ehen für gültig erklärt worden sind;

Daß zwar im §. 3 den Eheleuten, welche an der Wohlthat dieser Verordnung Theil nehmen wollen, die Verpflichtung auferlegt wird, das zu erwirkende Pfarr-Attest in die Civilstandsregister eintragen zu lassen;

Daß aber die Erfüllung dieser Verbindlichkeit weder an eine Frist gebunden noch auch sonst zur Bedingung der Gültigkeit der Ehe gemacht worden und die wahrscheinliche Intention des Gesetzgebers gegen die Annahme ist, daß die unterlassene Eintragung die Eheleute der zugesicherten Wohlthat wieder beraube und insbesondere die etwa erzeugten Kinder als uneheliche gelten sollten;

Daß hier die Frage nicht zur Entscheidung vorliegt, ob die Gültigkeit der Ehe überhaupt ganz und gar von dem Willen der Eheleute unabhängig bleiben oder ob dieselben nicht vielmehr auf die Wohlthat des Gesetzes wechselseitig oder selbst einseitig verzichten konnten, da von einem derartigen Acte nichts constirt und im Gegentheil die Johanna Berg und der Mathias Hauprich seit dem Jahre 1815, wie nicht bestritten wird, fortwährend als Eheleute mit einander gelebt haben;

Daß demzufolge das Urtheil a quo sich rechtfertigt und die Hauptberufung zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 16. März 1848.
Advokaten: Haas — Compes.

Richtigkeit eines Testamentes.

Die Erklärung des Testators in einem notariellen Testament: „gar nicht schreiben zu können" genügt der Vorschrift des Art. 973 B. G. B., und hat den Sinn: daß der Testator nicht unterzeichnen gelernt habe. —

Bonschen — Bonschen.

In einem notariellen Testament vom Jahre 1831 heißt es am Schlusse:

> „als er (der Testator) hiernächst aufgefordert wurde dieses Testament zu unterschreiben, erklärte er, daß er gar nicht schreiben könne, weshalb er zum Zeichen der Genehmigung darunter nur drei Kreuze eigenhändig setzte. — Bei der Aufnahme des vorstehenden Testaments und der Vorlesung desselben sind als Zeugen gegenwärtig gewesen:"

(folgen die Namen nebst Gewerbe und Wohnort von 4 Zeugen, die die Urkunde mitunterzeichnet haben.)

Im Eingange des Testaments heißt es hingegen:

> „Vor mir rc. rc. und vor den beiden unten benannten Zeugen erschien rc. rc. und sagte sodann selbst dieses sein Testament mir Notar also wie folgt vor:" rc. rc.

Dieses Testament wurde aus dem zwiefachen Grunde als nichtig angefochten, weil dasselbe nicht bekunde, daß es in Gegenwart der 4 Zeugen dictirt worden, und weil die Erklärung des Testators fehle, daß er zu unterzeichnen nicht gelernt habe oder nicht unterzeichnen gekonnt, jedenfalls aber der Testator von der Ursache, welche ihn zu unterzeichnen verhindert habe, keine ausdrückliche Erwähnung gethan habe.

Das Kgl. Landgericht zu Cleve verwarf diese Richtigkeits-Einreden, und der A. G. H. bestätigte das Erkenntniß aus folgenden Gründen:

J. E., daß wenn die Art. 971, 972 des B. G. B. vorschreiben, daß ein öffentliches Testament vor einem Notar und 4 Zeugen aufgenommen und dem Testator in Gegenwart der Zeugen vorgelesen werden solle, — diesen Erfordernissen in dem von Appellanten angegriffenem Testamente entsprochen worden ist, indem es daselbst am Schlusse heißt:

daß bei der Aufnahme des vorstehenden Testamentes und der Vorlesung desselben als Zeugen gegenwärtig gewesen seyen, die namentlich angegebenen vier Personen.

Daß gegen diese specielle Anführung nicht in Betracht kommen kann, der im Eingange des Testamentes enthaltene, bei gewöhnlichen Notarial-Acten übliche Vermerk des Erscheinens der requirirenden Person vor dem Notar „und den beiden unten benannten Zeugen" — da aus dem Schlusse sich ergibt, daß die wesentlichen Förmlichkeiten des Testaments nicht vor zwei, sondern vor vier namentlich angegebenen Zeugen stattgefunden haben;

Daß die Aufnahme eines Testamentes gerade in dem in casu gehörig bekundeten Vorsagen der letzten Willenserklärung durch den Testator und in dem Niederschreiben derselben durch den Notar besteht, und daß mithin anzunehmen ist, daß diejenigen Personen, welche bei der Aufnahme gegenwärtig gewesen, gerade auch bei dem Vorsagen und Niederschreiben gegenwärtig waren, auch wenn, wie das Gesetz dieses nicht einmal erfordert, ihre Gegenwart bei dem Dictiren nicht speciell erwähnt worden ist;

J. E., daß der Testator auf die Aufforderung, das Testament zu unterschreiben, erklärte: „daß er gar nicht schreiben könne, weshalb er zum Zeichen der Genehmigung darunter nur drei Kreuze eigenhändig setzte;" — daß diese, sich auf die Aufforderung beziehende Erklärung keinen anderen Sinn haben kann, als daß der Testator, der Landessprache gemäß, damit habe sagen wollen, daß er alles Schreibens und somit auch des Unterschreibens gänzlich unerfahren sey, — nicht aber, daß ihm ein physisches Hinderniß, welches ihn ja dann auch von der Hinzufügung dreier Kreuze abgehalten haben würde, und welches speciell zu erwähnen gewesen wäre, — entgegenstehe;

Daß hierdurch die dem Testamente entgegengesetzten Nichtigkeitsgründe widerlegt werden.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 29. Mai 1847 unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 17. Januar 1848.

Advokaten: Mauß — Lautz.

Verkauf. — Bedingung. — Kaufpreis. — Nichtzahlung. — Wiederversteigerung. — Gefahr und Kosten. — Zulässigkeit.

Die bei dem Verkaufe eines Grundstücks dem Käufer vom Verkäufer gestellte Bedingung, daß im Nichtzahlungsfalle des Kaufpreises dasselbe ohne weitere Förmlichkeit auf des ersteren Gefahr und Kosten unter seiner Zuziehung durch einen Notar versteigert werden soll, ist gesetzlich zulässig.

Beermann — Mayer.

Unter dem 3. Juni 1839 ließen die Eheleute Birkenheyer ein Haus zu Saftig öffentlich versteigern, welches der Handelsmann Simon Beermann unter der Bürgschaft des Isaac Mayer ankaufte, und später angeblich seinem Sohne Emanuel Beermann als Heirathsgabe übertrug, in dessen Besitz sich auch dasselbe bei der Klageerhebung befand und gegen welchen diese daher auch von dem späteren Ansteigerer Leopold Mayer gerichtet wurde.

In dem §. 6 der Verkaufsbedingungen war bestimmt:

„Das Eigenthum der zu veräußernden Immobilien geht nicht eher an die Steiger über, als bei gänzlicher Auszahlung des Steigpreises;*) bis dahin bleibt solches

*) Zufolge der ausdrücklichen Vorschrift des Art. 1583 des B. G. B. ist der Uebergang des Eigenthums der verkauften Sache ein essentiale des Kaufvertrags, daher hört er auf ein solcher zu seyn, wenn dieses vom Verkäufer bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, also gegenwärtig noch nicht übertragen wird. Ob die Tradition des verkauften Grundstückes erfolgt ist oder nicht, bleibt ohne Einfluß, weil diese den Uebergang des Eigenthums nicht bewirken kann. Alsdann läßt sich nur eine promesse de vente annehmen, welche, ungeachtet des Art. 1589, ne vaut pas vente, indem dieser evident auch eine solche Uebereinkunft unterstellt, die sonst die Requisite des Kaufes in sich schließt. Von dem Falle, wo die Wirkungen des Kaufes, wird derjenige wohl zu unterscheiden seyn, wo bloß der Vollzug desselben aufgeschoben worden; in jenem geht das Eigenthum erst mit dem Eintritt der bestimmten Zeit oder des bestimmten Ereignisses über; in diesem immer beim Abschlusse des Vertrages. vid. Duverg. vente, Nro. 125. Boileux, ad art. 1589. — L. 20 dig. de precario, L. 16 dig. de peric. et com. rei. vend. In der Unterstellung, daß im obigen Falle ein wirklicher Verkauf noch nicht geschlossen worden, daß das Eigenthum des Hauses in den Händen der Verkäufer geblieben, würde der Einwand ex pacto commissorio selbstredend fortgefallen seyn.

den Versteigerern ausdrücklich reservirt, und im Falle als einer oder der andere Steigerer säumig seyn sollte, einen fällig gewordenen Termin pünktlich zu entrichten, so wird er durch Ablauf dieser Frist in Verzug gesetzt, und die Versteigerer sind nach einem einfachen fruchtlosen Zahlungsbefehle berechtigt, das versteigerte Immobile ohne alle weitere gerichtliche Procedur wieder an sich zu ziehen und es auf Kosten und Gefahr des saumseligen Steigerers, jedoch in dessen Gegenwart, oder nachdem derselbe hierzu gehörig eingeladen sein wird, durch einen Notar unter beliebigen Bedingungen anderweit öffentlich veräußern zu lassen; zu welchem Verfahren die Ansteigerer durch das Factum ihres Gebots die Versteigerer ausdrücklich ermächtigen."

Nachdem Simon Beermann die fälligen Termine der Kaufschillinge zu zahlen unterlassen, und der Bürge Mayer in Folge eines ihm gemachten Zahlungsbefehls den ganzen Kaufschilling erlegt, sich dabei aber die Uebertragung sämmtlicher Rechte des Verkäufers ausbedungen hatte, ließ der Letztere den Erstern am 29. Januar 1847 auffordern, entweder ihm die ausgelegte Summe binnen 48 Stunden zurückzuzahlen, oder die Versteigerung des Hauses am 3. des flgd. Monats, wozu er eingeladen wurde, nach Maßgabe des oben angeführten §. 6 der Kaufbedingungen zu gewärtigen.

Die Versteigerung fand Statt und der Handelsmann Leopold Mayer steigerte das Haus an. Dieser nun klagte bei dem Landgerichte zu Koblenz unter dem 4. Juni 1847 auf Räumung desselben gegen den Emanuel Beermann.

Unter andern Einwendungen, welche hier nicht zu berühren sind, wurde von dem Verklagten auch die der Klage entgegengesetzt, die fragliche Klausel des Licitationsprotokolls, welche den Wiederverkauf auf Gefahr des Käufers verstatte, sey ein ungültiges pactum commissorium, wie die constante Jurisprudenz des Rh. A. G. H. und mehrerer französischen Gerichtshöfe ergebe. Sie sey der öffentl. Ordnung zuwider, bedrücke den Schuldner und derogire unzulässiger Weise dem gesetzlichen Executionsverfahren (Art. 2078, 2088 des B. G. B., Art. 746 und 747 der B. P. O.) Nur unter der Voraussetzung, daß das Interesse des Schuldners durch die bedungene Form des Verkaufs gewahrt worden sey, hätten

andere Gerichtshöfe die Klausel gebilligt. Hier sey aber nichts geschehen, um den Verkauf bekannt zu machen, vielmehr alles übereilt, weder der Drittbesitzer noch die Hypothekargläubiger von dem Termine in Kenntniß gesetzt.*)

Erwidert wurde hiergegen vom Kläger, daß die ganze in Bezug genommene Jurisprudenz von Pfand- oder Hypothekarverträgen handele, bei welchen eine solche Clausel vorgekommen, nicht aber von Kaufverträgen, wie es hier der Fall sey. Bei diesen habe kein Gesetz das pactum commissorium zu stipuliren irgend untersagt, und die Veranlassung, dieses bei jenen Verträgen zu thun, mangele beim Kaufe ganz; ein Käufer, dem es ganz freistehe, zu kaufen oder nicht, dürfe nicht verwechselt werden mit einem bedrängten Geldsucher, dessen Verlegenheit der Capitalist benutzen könne, um vermöge einer Clausel der fraglichen Art das bestellte Pfand unter dem Preise möglicher Weise an sich zu bringen. Auch im römischen Rechte werde eine solche dem Käufer gestellte Bedingung für vollkommen zulässig gehalten: „in commissoriam etiam hoc solet convenire, ut si venditor eandem fundum venderet, quanto minoris vendiderit, id a priore emtore exigat." L. 4 §. 3 dig. de leg. commiss.

Das Landgericht zu Koblenz verurtheilte durch sein Erkenntniß vom 31. Juli 1847 den Verklagten Beermann zur Räumung des Hauses und zum Schadensersatze wegen der bisherigen unbefugten Benutzung desselben.

In Folge der von diesem dagegen eingelegten Berufung und mit Bezug auf die in zweiter Instanz wiederholte Einrede der Unstatthaftigkeit der Clausel, entschied der Rh. A. G. H. bestätigend aus folgenden Gründen:

Urtheil:

J. E., daß Simon Beermann, Vater des Appellanten Emanuel Beermann, das in Rede stehende Haus, in der, von den Eheleuten Birkenheyer am 3. Juni 1839 bewirkten Versteigerung angekauft hat, und daß der Appellant behauptet, daß Simon Beermann ihm das Haus in einem Heirathsvertrage vom 17. November 1839 als Heirathsgut bestellt habe;

*) Siehe Arch. 2. 1. 56., — 4. 1. 58., — 34. 1. 9., — 36. 2. 24., — Sir. 37. 2. 285., — 40. 1. 385.

Daß daher, abgesehen von der bestrittenen Rechtsbeständigkeit dieses Ehevertrages, durch die Einlassung des Appellanten soviel feststeht, daß er aus einem Vertragsverhältnisse spätern Datums als die Versteigerung vom 3. Juni 1839, seine Rechte von Simon Beermann ableitet, und daß hieraus fogt, daß alle rechtsbeständigen Verpflichtungen, unter welchen Simon Beermann das Haus erworben, auch gegen den Emanuel Beermann wirksam sind;

Daß die Bedingung im Art. 6 des erwähnten Versteigerungsprotocolles, wonach die Verkäufer, nach fruchtloser Einforderung des Kaufpreises befugt seyn sollen, „das Haus ohne alle gerichtliche Procedur wieder an sich zu ziehen und, unter Zuziehung des Ansteigerers, auf dessen Gefahr und Kosten durch einen Notar öffentlich verkaufen zu lassen," augenscheinlich den Zweck hatte, die verkaufte Sache, im Falle der Nichtbezahlung des Kaufpreises, ohne Resiliationsklage, in die Gewalt der Verkäufer zurückzubringen und sie in die Lage zu setzen, dieselbe auf Gefahr und Kosten des Ansteigerers nochmals verkaufen zu lassen;

Daß eine solche Clausel, welche im wesentlichen mit dem römischen pactum commissorium beim Kauf auf gleicher Linie steht, für eine rechtsbeständige und der Willkür der Contrahenten unterworfene Modalität des Kaufgeschäftes anzusehen ist, welche die öffentliche Ordnung nicht berührt und sich nur darin als bedeutsam ausspricht, daß sie dem Käufer das Eigenthum nur unter der bezeichneten Bedingung einräumt;

Daß mithin der vorliegende Fall mit dem Falle, in welchem eine ähnliche Bedingung einem Darlehensvertrage zugefügt ist, und die Frage entsteht, ob der Schuldner in dem Schuldbekenntnisse dem Gläubiger das Recht einräumen könne, mit Umgehung der gesetzlichen Exekutionsmittel, seine Forderung gegen ein bestimmtes Vermögensobjekt des Schuldners zu realisiren, nicht das wesentliche, d. i. die Umgehung der gesetzlichen Exekutionsformen, um ein Forderungsrecht zu realisiren, gemein hat, sondern nur die für die angeregte Frage nicht wesentliche Aehnlichkeit, daß nach Auflösung des Kaufgeschäftes, das Maaß des von dem Ansteigerer zu leistenden Schadensersatzes, nicht gerichtlich, sondern durch einen neuen Verkauf, ermittelt werden soll;

Daß demnach jene Vereinbarung für eine rechtsbeständige

zu erachten, übrigens aber nicht artikulirt ist, daß bei der Verwirklichung derselben betrügerisch verfahren sey;

Daß daher, selbst für den Fall der Rechtsbeständigkeit des Ehevertrages vom 17. November 1839, dem Appellaten, die erhobene Klage würde zugesprochen werden müssen und daß es daher einer Untersuchung dieser Rechtsbeständigkeit nicht bedarf.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Koblenz vom 31. Juli 1847 eingelegte Berufung u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 8. April 1848.

Advokaten: Forst — Seeligmann.

Bürgerliches Gesetzbuch. — Verehelichung ohne Vertrag. — Spätere Abschließung eines Ehevertrags. — Gemeines Recht. — Cura sexus, Beistand der Frau. — Grenzaufseher. — Wohnsitz. — Gültigkeit. — Schenkung zum Vortheil des Mannes. — Deren Convalescirung durch den Tod der Frau. — Uebertragung der geschenkten Sache.

Eheleute, welche unter der Herrschaft des B. G. B. ohne Ehevertrag geheirathet haben, können, wenn sie später ihren Wohnsitz unter die Herrschaft des gemeinen Rechtes verlegt haben, namentlich wenn ein Grenzaufseher dahin versetzt worden, dort nachträglich einen, die hiesige gesetzliche Gütergemeinschaft modificirenden Ehevertrag gültig abschließen, bei welchem die Frau nicht eines förmlichen Curators, sondern eines bloßen Beistandes bedarf. — Ist darin eine Schenkung zum Vortheil des Mannes enthalten, so convalescirt sie durch den Tod der Frau und ist es gleichgültig, ob beim Leben der Frau schon dem Manne der Besitz der geschenkten Sache übertragen worden.

Philipp — Wendt.

Friedrich Wendt verheirathete sich im Jahre 1823 zu Bersinck, unter der Herrschaft des hiesigen B. G. B. mit der Wittwe Daub, ohne Ehevertrag. Die Ehe blieb kinderlos; die Frau hatte jedoch eine Tochter aus erster Ehe, die nunmehrige Ehefrau des Pfannenbäckers Peter Philipp.

Am 5. Juni 1826 schloß nun Wendt vor dem Justizamte zu Freuesburg im ostrheinischen Theile des Regierungsbezirks Koblenz, wo er damals als Grenzaufseher angestellt war und das gemeine deutsche Recht gilt, einen nachträglichen Ehevertrag. In demselben erklären die Eheleute, daß eine von Wendt für seine Frau zur Tilgung von Schulden gezahlte Summe von 200 Thlr., welche Schulden auf einem der Frau und ihrer Tochter gemeinschaftlich gehörenden Hause gelastet, als Immöbel betrachtet, dem Wendt vom 1. August 1826 zu 5% verzins't, und nach dreimonatlicher Aufkündigung vom Eigenthümer des Hauses bezahlt werden sollten. — Ferner wurde bestimmt, daß der Ehemann sein (im Vertrage bezeichnetes) Mobilar bei Auflösung der Ehe voraus erhalten, das errungenschaftliche Vermögen aber zwischen den Eheleuten oder ihren Erben getheilt werden sollte.

Bei dem Vertrage war der Amtsdiener Krall als Beistand der Frau erschienen.

Später ist Wendt in seiner gedachten Eigenschaft nach Königswinter versetzt, wo seine Frau am 15. October 1836 starb.

Am 7. November 1838 schritt ersterer nun mit seiner bereits großjährigen, noch unverheiratheten, Stieftochter vor einem Notar zu Königswinter zu einem Vertrage folgenden Inhalts. Sie erklärt darin ihrem Stiefvater, als einzige Erbin ihrer Mutter, die in dem obigen Ehevertrage erwähnten 200 nebst 120 Thlr. Zinsen und noch fernere 20 Thlr. (die hier außer Acht bleiben) nach geschehener Kündigung abtragen zu wollen und bestellt ihm für diese Summe von 340 Thlr. hypothekarische Sicherheit.

Am 18. dess. Monats schließen sie noch einen andern Privatvertrag, wodurch sie sich definitiv über das gegenseitige Mobilar auseinandersetzen.

Auf den Grund jenes notariellen Actes und zweier friedensgerichtlichen Urtheile, wodurch die Stieftochter zur Zahlung

von 56 Thlr. 18 Sgr. und resp. 65 Thlr. an Wendt verurtheilt worden, ließ dieser ihr und ihrem Ehemanne am 8. Juni 1846 einen Zahlungsbefehl für den Betrag von 461 Thlr. 18 Sgr. unter Androhung der Immobilar-Execution zustellen.

Gegen diesen Zahlungsbefehl erhoben die Eheleute Philipp insofern Einspruch, als er sich auf die 200 Thlr. und die 120 Thlr. Zinsen beziehe, und zwar weil 1) der zu Freuesburg geschlossene Ehevertrag, gegen die Vorschrift des Art. 1394 des B. G. B. errichtet, als nichtig erachtet werden müsse; 2) folgeweise auch die notarielle Schuld- und Pfand-Verschreibung vom 7. November 1838 für die Summe von 320 Thlr. ungültig sey; 3) beim Wegfallen des Ehevertrags die Verschreibung keine causa habe, und es nicht darauf ankomme, ob wirklich die 200 Thlr. von dem Wendt bezahlt worden; 4) der Letztere Mitvormund der opponentischen Ehefrau gewesen, dem Vertrage keine Rechnungslage vorhergegangen, mithin der Art. 472 des B. G. B. ihm entgegenstehe.

Von der Gegenseite wurde die Richtigkeit der Oppositionsgründe bestritten und im Wesentlichen behauptet, der Ehevertrag sey jedenfalls durch den Notarialact ratificirt und vollzogen worden, der Art. 472 des B. G. B. aber überhaupt nicht anwendbar. Uebrigens sey auch die Frau Wendt schon vor dem Tode der Mutter großjährig geworden, ihre etwaigen Ansprüche also gegen diese gerichtet gewesen, und zudem längst verjährt, da die Mutter bereits 1836 gestorben.

Das Landgericht zu Koblenz entsprach durch sein Urtheil vom 6. Februar 1847 dem Antrage des Wendt auf Verwerfung der Berufung, indem es annahm,

1) in Betreff des Ehevertrags, daß das gemeine Recht, unter dessen Herrschaft er geschlossen, die Thätigung eines neuen, und die Abänderung eines frühern Ehevertrages gestatte, auch die etwa darin liegende Schenkung durch den Tod der Frau convalescirt sey;

2) bezüglich des Art. 472 des B. G. B., daß sich dieser nur auf Verträge beziehe, welche dahin zielten, den Vormund von der ihm obliegenden Rechnungsstellung zu entbinden; der Vertrag vom 7. November könne aber um so weniger zu dieser Cathegorie gerechnet werden, als Wendt niemals

eine eigentliche Verwaltung des Vermögens seiner Stieftochter geführt habe.

In Folge der von den Eheleuten Philipp ergriffenen Berufung wurden vor dem Appellationshofe von den Parteien die in erster Instanz aufgestellten Gründe und Gegengründe weiter ausgeführt und neue hinzugefügt, welche im Allgemeinen hier übergangen werden können, da sie in dem Urtheile ausführlich gewürdigt worden; nur wird zur bessern Verständlichkeit der betreffenden Entscheidung angeführt, wie die Appellanten behaupteten, in dem Ehevertrage liege eine Schenkung zum Vortheil des Mannes, sie sey aber ungültig, weil solche durch den Tod der Frau nicht convalescirt sey, da sie vivente donatore nicht erfüllt worden, auch eines bestimmten Objectes entbehre.

Urtheil:

I. E., daß es zwar von den Appellanten bestritten, gleichwohl aber nicht zu bezweifeln ist, daß die Eheleute Wendt zur Zeit der Errichtung des Actes vom 3. Juni 1827 ihren Wohnsitz in Alsdorf gehabt haben, weil aus dem Acte selbst hervorgeht, daß ꝛc. Wendt damals als Grenzaufseher an jenem Orte stationirt war, für seine definitive Anstellung als solcher die Vermuthung streitet, Grenzaufseher ihre Functionen an dem Stationsorte ausüben, der Wohnsitz der auf Lebensdauer angestellten Beamten aber durch den Ort der Ausübung ihrer Functionen bestimmt wird;

I. E., daß die Eheleute Wendt sich mit dem Wechsel ihres Domizils den Gesetzen ihres neuen Wohnortes unterworfen haben, und ihre Befugnisse in Betreff der Regulirung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse von da ab nur nach den an diesem letztern Orte geltenden gesetzlichen Vorschriften zu beurtheilen sind;

Daß Alsdorf unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes steht, welches die autonomische Befugniß der Ehegatten in Bestimmung ihrer güterrechtlichen Verhältnisse unbezweifelt anerkennt, und namentlich kein Verbot enthält, mit beiderseitiger Einwilligung eine Abänderung in den bereits begründeten ehelichen Vermögensrechten vorzunehmen, selbst dann wenn sie die Unabänderlichkeit derselben vertragsmäßig bedungen haben sollten, da dritten Personen, mit Vorbehalt

ihrer bereits erworbenen Rechte, kein Recht auf die Fortdauer des bisherigen Verhältnisses zusteht, die Paciscenten selbst aber ihre Vertragsklauseln nach Belieben aufheben können;

J. E., daß der Zweck des Actes vom 3. Juni 1827 zunächst darauf gerichtet ist, an der Stelle der unter der Herrschaft des B. G. B. begründeten Gütergemeinschaft eine bloße Gemeinschaft des errungenen Vermögens einzuführen;

Daß die Eheleute Wendt, den aufgestellten Grundsätzen gemäß, nach den Gesetzen ihres neuen Wohnortes zu einer derartigen Modification in ihren ehelichen Güterrechten wohl befugt waren, und daher zuvörderst nur zu prüfen ist, ob ihnen hierbei nicht, wie von den Appellanten behauptet wird, die verbietenden Bestimmungen der Art. 1394 und 1395 des B. G. B., unter dessen Herrschaft die Ehe abgeschlossen wurde, entgegengestanden haben;

J. E., daß diese Frage verneint werden muß, wenn man in Betracht zieht, daß die gesetzliche Gütergemeinschaft des B. G. B., wie aus den Bestimmungen der Art. 1397, 1399 erhellt, sich als eine unmittelbare Wirkung des Gesetzes darstellt, die Vorschriften der Art. 1394, 1395 ibid. somit nur als Dispositionen des Gesetzes selbst erscheinen, das Gesetz aber, welches über die Grenzen seines Gebietes nicht hinauswirkt, den Eheleuten Wendt für eine Zeit keine Beschränkungen auflegen konnte, wo ihre Unterwerfung unter dasselbe aufgehört hat;

Daß die aufgestellte Frage selbst dann verneinend beantwortet werden müßte, wenn die Gütergemeinschaft des B. G. B. auf eine stillschweigende Uebereinkunft der Parteien zurückzuführen wäre, weil es vom Standpunkt des Vertrages aus, den Paciscenten nicht benommen seyn könnte, die einer Abänderung entgegenstehenden Vertragsklauseln mit gemeinschaftlicher Einwilligung wieder aufzuheben, hieraus aber auch hervorgeht, daß der Grund der Unstatthaftigkeit der späteren Abänderung nicht auf der Natur des Vertrages, sondern auf dem positiven Gebote des Gesetzes beruht, dessen Wirksamkeit gleichwohl auch hier nicht über die Grenzen seines Gebietes hinausgehen kann;

Daß zwar die Appellanten noch insbesondere die Anwendbarkeit der Art. 1394 und 1395 des B. G. B. aus dem Grunde behaupten, weil die Eheleute Wendt ihren Wohnsitz

wieder in das Gebiet des B. G. B. zurückverlegt hätten, und es sich hier um die Folgen eines Vertrages handle, welcher den Vorschriften jener Artikel zuwider aufgenommen worden sey;

Daß aber auch diese Behauptung für rechtlich begründet nicht zu erachten ist, weil das B. G. B. die Kraft auswärts geschlossener Eheverträge anerkennt, die Frage aber, ob die Eheleute Wendt zur Abänderung ihrer früher begründeten güterrechtlichen Verhältnisse befugt waren, nur nach den Gesetzen ihres neuen Wohnortes, unter deren Herrschaft die Abänderung Statt gefunden, beurtheilt werden kann;

J. E., daß, wenn hiernach die aus den Bestimmungen der Art. 1394 und 1395 des B. G. B. entnommenen appellantischen Einwendungen sich als unbegründet darstellen, nunmehr die Gründe zu prüfen sind, welche von Seiten der Appellanten gegen die formelle und materielle Rechtsbeständigkeit des Actes vom 3. Juni 1827, nach Maaßgabe der Gesetze des Orts der Errichtung, geltend gemacht sind;

Daß, soviel zunächst den formellen Einwand in Betreff der rechtsgültigen Verbeistandung der Ehefrau Wendt betrifft, nach gemeinem Rechte eine förmliche cura sexus nicht besteht, den Vorschriften desselben daher genügt wurde, wenn die Ehefrau Wendt bei Errichtung des mehr bezogenen Actes von einem gewöhnlichen Beistand in der Person des Amtsdieners Kroll assistirt gewesen ist;

Daß, anlangend den gegen den Inhalt des Actes gerichteten Einwand, dieser Act zwar allerdings in sofern eine Schenkung enthält, als die 200 Thlr., welche dem Appellanten als Einbringen zurückerstattet werden sollten, der gesetzlichen Gütergemeinschaft bereits anheimgefallen waren;

Daß diese Schenkung jedoch mit dem Tode der Ehefrau Wendt, der Mutter der Appellantin Philipp convalescirte, auf den Umstand aber, ob der Besitz des geschenkten Gegenstandes übertragen worden war, nach l. 32. §. 1. §. 23. D. 24. 1. — l. 33. §. 2. D. 24. 1. — l. 2. C. 5. 15. — Nov. 162. weiter nichts ankömmt, und somit auch die gegen die Rechtsbeständigkeit des fraglichen Aktes erhobenen Einwendungen als erledigt zu betrachten sind;

Daß hiernach also feststeht, daß dem Act vom 7. November 1838 eine rechtsgültige causa in der That zu Grunde liege;

Daß unter dieser Voraussetzung aber auch der Zahlbefehl vom 8. Juni 1846 auf einen rechtsgültigen Titel gestützt war, und die eingelegte Opposition daher vom ersten Richter mit Recht verworfen worden ist, daß es also der Untersuchung der übrigen Einwendungen nicht bedarf;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 6. Februar 1847 eingelegte Berufung u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 6. April 1848.

Advokaten: Wallraf — Kyll.

Beholzungsrecht. — Bauholz. — Holz zum Bauen. — Neubauten. — Reparaturen. — Zimmerholz, Schreinerholz.

Wem das Beholzungsrecht, das nöthige Bauholz zu allen Neubauten sowohl als Reparaturen der Gebäude eines gewissen Grundstücks aus dem Walde seines Gegners fordern zu können, rechtskräftig zuerkannt worden ist, hat dadurch nicht das Recht erworben, jedes zur Unterhaltung oder Wiederherstellung dieses Gebäudes bedürftige, sondern nur das Zimmerholz, mit Ausschluß des Schreinerholzes, zu verlangen.

Gemeinde Schmidtheim — von Beissel-Gymnich.

Im Jahre 1825 stellte der Kirchenvorstand zu Schmidtheim, an dessen Stelle bezüglich des Schulhauses später die dortige Gemeinde getreten, gegen den Grafen von Beissel, den Vater des gegenwärtigen Besitzers des Gutes Schmidtheim, vor dem Landgerichte zu Aachen eine auf die Anerkennung der Gerechtsame, für die Pfarrkirche das nöthige Bauholz, und für das Pfarr- und Schulhaus das nöthige Bau- Brenn- und Urbarholz aus den zum Gute Schmidtheim gehörigen Waldungen zu entnehmen, gerichtete Klage an. Selbige ward darauf gegründet, daß Kirche und Gemeinde seit unvordenklichen Zeiten diese Gerechtsame ausgeübt habe.

Ein Interlocut vom Jahre 1826 ließ auch den klagenden Kirchenvorstand zu dem Beweise des unvordenklichen Besitzes zu; als aber zu der Vernehmung der Zeugen im Jahre 1835 geschritten werden sollte, erfolgte eine Erklärung des Verklagten dahin: daß er der Kirche zu Schmidtheim das in Anspruch genommene Recht, aus seinen Waldungen für die Kirche das nöthige Bauholz, und für das Pfarr- und Schulhaus das nöthige Bau- Brenn- und Urbarholz zu nehmen, fernerhin zu bestreiten, sich nicht veranlaßt sehe, vielmehr dasselbe anerkenne.

Auf den Grund dieses Zugeständnisses erfolgte nun die Entscheidung des Urtheils des Landgerichtes zu Aachen vom 24. März 1836, wodurch der Kirchenvorstand für berechtigt erklärt wird, die in Anspruch genommenen Holzgerechtsame aus den gedachten Waldungen des Gutes Schmidtheim, für die Kirche daselbst die Verabreichung des nöthigen Bauholzes und für das Pfarr- und Schulhaus, das nöthige Bau-, Brenn- und Urbarholz zu fordern.

Später hatte der gegenwärtige Besitzer von Schmidtheim das ältere Schulhaus an sich gebracht, und hielt nun das seinen Waldungen zum Vortheil desselben zur Last gelegte Beholzungsrecht dadurch für aufgehoben, indem solches mit der Sohlstätte verknüpft gewesen. Diese Frage entschied indeß das Urtheil des Landgerichtes zu Aachen vom 21. Juli 1842 zu seinem Nachtheile. Das dritte Urtheil dieser Gerichtsstelle vom 4. Januar 1845 stellte ferner gegen ihn fest, daß die früher zuerkannte Servitut sich sowohl auf Alles Holz für Neubauten als Reparaturen der Schule, nach Maßgabe des jedesmaligen Bedürfnisses, erstrecke.

Als im Fortgang der Procedur Sachverständige beauftragt worden, sich über diese Leistungen nach Qualität und Quantität, so wie über den Betrag des Schadensersatzes wegen des vorenthaltenen Genusses der Gerechtsame auszusprechen, äußerten diese in ihrem Gutachten vom August 1845, daß, nach ihren Ansichten, unter Bauholz nur solche Hölzer zu verstehen, welche vom Zimmermann verarbeitet würden. Da aber die Bedielung der Zimmer, die Fertigung der Thür- und Fensterrahmen, die Dachlatten Schreinerarbeit seyen, auch das hierzu zu verwendende Holz in der Regel Nutzholz oder Möbelholz genannt werde, so könne das hierzu erforder-

liche Holz von der Schule nicht gefordert werden. Natürlich hielt der Graf von Beissel diese Ansicht bei der ferneren Verhandlung der Sache fest, und wirklich nahm das Landgericht in seinem Definitiv-Urtheil vom 17. Dezember 1846 selbige als richtig an, indem es erwog: „daß jene Urtheile den von Beissel nur im Allgemeinen zur Lieferung des Bauholzes anhalten, daß daher zur Feststellung der Wortbedeutung auf den allgemeinen Sprachgebrauch und auf die Grundsätze zurückgegangen werden müsse, welche theils die Forstordnungen aufgenommen, theils die Observanz eingeführt habe, daß hiernach aber, wie unter andern Kreschner, in seiner oeconomia forensis, Bd. 2. S. 415, so wie Adelung, in seinem Wörterbuche, bezeuge, unter Bauholz nur dasjenige Bauholz begriffen sey, was der Zimmermann, nicht aber was der Schreiner verarbeite.“ Hiernach ward Graf von Beissel nur für verpflichtet erklärt, Holz der erstern Art für die Bauten der Schule zu verabreichen.

Von diesem Urtheile legte die Gemeinde die Berufung ein, welche jedoch aus folgenden Gründen abgewiesen wurde:

J. E., daß, wie dies auch von den Sachverständigen in ihrem Gutachten angegeben ist, unter Bauholz in der eigentlichen, in der Forstwirthschaft angenommenen Bedeutung nur dasjenige Stammholz verstanden wird, welches von den Zimmerleuten zu Bauten verarbeitet werden muß, und welches bei dem Häuserbau hauptsächlich zu den Schwellen, Pfosten, Fachwänden, Tragebalken und Dachsparren bestimmt ist; daß dagegen dasjenige Holz, welches als Nutzholz bezeichnet und verschiedentlich, bald Werkholz, bald Schirrholz, bald Sägeholz benannt, und als letzteres zum Schneiden der Bretter und Latten gebraucht wird, nicht von den Zimmerleuten, sondern in der Regel von den Bau- und Möbelschreinern oder Achsenmachern verarbeitet zu werden pflegt;

Daß daher nicht allein in den Lehrbüchern über die Forstwirthschaft, sondern auch in den Forstgesetzen zwischen Bau- und Nutzholz unterschieden wird, wie dies ebenfalls im Allg. Landrecht Theil I. Tit. 22, §. 213 geschehen ist.

Daß zwar im gemeinen Verkehre im ungeeigneten, ausgedehnteren Wortsinne zu dem Bauholze, im Gegensatze zu anderm Holze, jedes in einem Gebäude zu dessen vollständiger Vollendung verbrauchte Holz, folglich auch jenes, welches zu

Thüren, Fenster, Dielen und Dachlatten verarbeitet wird, manchmal ebenfalls gerechnet wird;

Daß aber, wenn ein fremder Wald mit der Dienstbarkeit, das Bauholz verabfolgen zu lassen, belastet ist, ohne daß durch die Verträge oder durch das Herkommen näher bestimmt worden, wie weit das Beholzungsrecht gehen soll, im Zweifel zu Gunsten des dienenden Grundstücks die restrictive Interpretation eintreten und angenommen werden muß, daß nur das Bauholz in dem obigen geeigneten und in der Forstwirthschaft angenommenen Wortsinne verschuldet werde;

Daß im vorliegenden Falle jedoch der Beweis eines ausgedehntern Rechtes aus der ergangenen Verurtheilung nicht hervorgeht und ebensowenig durch Verträge oder durch Herkommen weder erbracht, noch erboten worden ist.

Daß diesemnach die appellantische Gemeinde durch den Richter erster Instanz in diesem Punkte nicht beschwert worden ist.

III. Senat. Sitzung vom 19. Januar 1848.

Advokaten: Stupp. — Müller.

Anmerk. Beruht diese Entscheidung des obigen Urtheils, sowie die des ersten Richters, nicht auf einer irrigen Auffassung und Erklärung des Wortes: „Bauholz" und geht dieselbe nicht contra rem judicatam? Dieses und jenes darzuthun ist die Aufgabe.

„Bauholz, Holz, welches zum Bauen nöthig, oder dazu brauchbar ist, im Gegensatz von Brennholz" sagt Heinsius in seinem volksthümlichen Wörterbuche. In dem ersten Satze ist die Bedeutung auf den Bedarf, auf das Bedürfniß gerichtet, somit umfaßt sie alles Holz, welches zum Bau, zu dessen Fertigstellung erforderlich ist. Im zweiten Satze wird die Bedeutung objectiv und in Bezug auf die Brauchbarkeit, und daher im Gegensatze von Brennholz genommen; was nicht zum Bauen taugt, ist Brennholz. So nimmt es auch Adelung im Wörterbuche der deutschen Sprache v. „Bauholz" wenn er sagt: „imgleichen Bäume, welche zu solchem Bauholze gebraucht werden können, im Gegensatze zu Brennholz." In dieser Bedeutung gehört wieder jedes Holz zu Bauholz, was bei dem Bauen zu verwenden ist. Hieran läßt der Gegensatz nicht den mindesten Zweifel. So auch Hartig, forstliches Conversationslexicon, v. „Bauholz," ist im Allgemeinen solches, das zum Bauwesen verwendet wird. Wird nun aber das Wort in bautechnischer Beziehung gebraucht, so wird darunter das Zimmerholz entweder im engern oder weitern Sinne verstanden; im engern nur diejenigen Holzstücke, welche gebraucht werden, das Gerippe des Gebäudes hinzustellen, im weitern Alles, was der Zimmermann verarbeitet, und dann steht es im Gegensatze mit

dem Holze, welches der Schreiner nach Maßgabe seines Handwerkes verwendet. — Hartig, l. cit. v. Zimmerholz. Es wird nun zu ermitteln seyn, in welchem Sinne und Umfang das Urtheil des Landgerichtes zu Aachen von 24. März 1836 das Wort „Bauholz" gebraucht hat.

Die ursprüngliche Klage vom Jahre 1825 war gerichtet auf Verabreichung des nöthigen Bauholzes für die Kirche, und auf das nöthige Bau-, Brenn- und Urbarholz für das Pfarr- und Schulhaus. Dieser Anspruch wurde von dem verstorbenen Grafen von Beissel, dem damaligen Eigenthümer des Gutes Schmidtheim, in seinem ganzen Umfange, daher auch bezüglich seiner rechtlichen Begründung, des unvordenklichen Besitzes, als richtig erkannt, und ganz nach dessen Zugeständnisse erfolgte nun auch die Entscheidung vom 24. März 1836, durch welche die Gemeinde Schmidtheim zu den von ihr in Anspruch genommenen Holzgerechtsamen, aus den dortigen Waldungen des Verklagten, und zwar für die Kirche die Verabreichung des nöthigen Bauholzes, und für das Pfarr- und Schulhaus das nöthige Bau-, Brenn- und Urbarholz zu fordern, berechtigt erklärt wird.

In der Klage wird ganz allgemein, in Abwesenheit eines jeden Gegensatzes, die Berechtigung zum nöthigen Bauholze beansprucht. Das nöthige Bauholz ist gewiß dasjenige, dessen man bedarf, um einen gewissen Bau, hier den des Schulhauses, auszuführen, ihn fertig zu stellen. Dasselbe wird conjunctive mit der Berechtigung zu nöthigem Brenn- und Urbarholz verlangt, und ist es eben sowenig zu bezweifeln, daß bei diesen Beholzungsgerechtsamen die Forderung unbedenklich auf das Bedürfniß gerichtet war, an eine Beschränkung derselben nicht gedacht werden konnte. Ist dieses nun der Fall, so war um so gewisser auch die Klage hinsichtlich des Bauholzes auf das Bedürfniß gestellt. Wie aber geklagt worden, so hat der Verklagte die Gerechtsame zugestanden, gerade so ist sie zuerkannt worden. Wie die vorstehenden verschiedenen Bedeutungen des Wortes „Bauholz" auch zeigen, kann dessen Doppelsinn hier ein Bedenken nicht erregen, weil hierzu gar kein Anhalt in der Art und Weise der Forderung selbst liegt, eine der beschränkenden Bedeutungen dieses Wortes anzunehmen, die da nicht Platz greifen können, wo es sich überhaupt von dem zu einem Bau nöthigen Holze, nicht aber von einem Theile desselben nach bautechnischen Annahmen und Gegensätzen handelt. Wenn das auf dasjenige vom 24. März 1836 gestützte Urtheil vom 4. Januar 1845 gegen den gegenwärtigen Besitzer von Schmidtheim entschied, daß die fragliche Servitut auf Alles Holz für Neubauten sowohl als Reparaturen nach Maßgabe des jedesmaligen Bedürfnisses auszudehnen sey, so kann darin nur ein neuer Beweis gefunden werden, daß dieses eben sowohl rechtskräftig gewordene Urtheil jenes in dem Sinne verstanden hat, in welchem es hier angenommen wird.

Sehen wir nun, was die beiden Urtheile, erster und zweiter Instanz, anführen, um den beschränkenden Sinn jener Judicate zu begründen. Beide sind auf die Erörterung desjenigen, was vorher entschieden worden war, und auf die Natur des Rechtes,

welches eingeklagt und zuerkannt wurde, nicht eingegangen. Sie haben sich bloß an den Doppelsinn gehalten, zu welchem das Wort: „Bauholz", zu dessen Verabreichung der Graf von Beissel verurtheilt war, Veranlassung geben könne, und sich von da aus dafür entschieden, daß man auf den Sprachgebrauch und auf die Grundsätze zurückgehen müsse, welche theils die Forstordnungen aufgenommen, theils die Observanz eingeführt; daß (so namentlich das zweite Urtheil), in Uebereinstimmung mit dem Gutachten der Sachverständigen, in der Forstwirthschaft unter **Bauholz** nur dasjenige Stammholz zu verstehen sey, welches von den Zimmerleuten zu Bauten verarbeitet werde und das bei den Häusern hauptsächlich zu den Schwellen, Pfosten, Fachwänden, Tragbalken und Dachsparren bestimmt sey, daß dagegen dasjenige Holz, welches als Nutzholz bezeichnet, und verschiedentlich, bald Werkholz, bald Schirrholz, bald Sägeholz benannt, und als letzteres zum Schneiden der Bretter und Latten gebraucht werde, nicht von den Zimmerleuten, sondern in der Regel von den Bau- und Möbelschreinern oder Achsenmachern verarbeitet zu werden pflege. Hierbei wird noch ein besonderes Gewicht auf den §. 213, Tit. 22, Theil 1 des allg. Landrechts gelegt, der auch Bau- und Nutzholz unterscheide.

Daß die Judicate vom Jahre 1836 und 1845 das Wort „Bauholz" nicht in einem technischen Gegensatze, sondern in der allgemeinsten Annahme, und ganz sprachgebräuchlich angewandt haben, ist vorhin schon dargethan worden. Von einer juristischen, als Regel anzunehmenden Observanz in unserer Provinz, oder auch außerhalb derselben, über eine derartige Beschränkung einer solchen Waldservitut, oder von Forstordnungen, die eine solche grundsätzlich statuiren, haben sowenig die Sachverständigen, welche überhaupt den zwischen Zimmer- und Schreinerholz angenommenen Unterschied lediglich auf bautechnische Momente gründen, als der erste Richter irgend ein Beispiel angeführt, was doch um so erforderlicher gewesen, als die von ihm aufgestellte Behauptung, nach der diesseitigen gleich zu belegenden Ansicht, Rechtsgeschichte, Wissenschaft und Praxis gegen sich hat. — Was nun das Urtheil zweiter Instanz betrifft, so gründet dieses seinen Beitritt zu der Ansicht des erstern Richters hauptsächlich auf das Gutachten der Sachverständigen und auf die Annahme der Forstwirthschaft, also wieder auf bau- und forst-technische Unterschiede, die, wie schon gesagt worden, hier ganz ohne Anwendung sind, und in keiner Weise in dem Sinne jener Judicate zu finden sind. In Betreff der Bezugnahme des Appellationsurtheils auf das allg. Landrecht, um ferner darzuthun, wie auch nach diesem, gleich in den Lehrbüchern und Forstgesetzen, ein Unterschied zwischen Bau- und Nutzholz gemacht werde, und das Schreinerholz zu dem letztern gehöre, hätte doch billig der bezogene §. 13, Tit. 22, Theil 1 von Gerechtigkeiten der Grundstücke, mit dem §. 208 daselbst combinirt werden sollen, nach welchem die Befugniß, Bauholz aus einem Walde zu nehmen, sich auf dasjenige erstreckt, was zur **Unterhaltung** und **Wiederherstellung** der — vorhandenen Wohn- und Wirthschaftsgebäude erforderlich ist, und daher unbezweifelt den Berechtigten ermächtigt, jedes Holz zu den gedachten Zwecken zu verlangen.

Mußte aber nicht mehr als dieses Alles die Natur des zuerkannten Rechtes zu der Verwerfung einer solchen Beschränkung und zu der Annahme der res judicata führen, um so mehr als hier von einer alten Berechtigung die Rede ist, deren unvordenklicher Besitz anerkannt worden war? Die desfallsige Ausführung wird zugleich zur Begegnung der ganz allgemeinen Bezugnahme der beiden Urtheile auf Observanz und Forstgesetze dienen.

Unbestritten sind dergleichen Berechtigungen Einzelner und von Gemeinden auf Waldungen durchgehends aus Concessionen der großen Grundherren des Mittelalters entstanden, die sich bestrebten, Ansiedler anzuziehen, und zu diesem Zwecke gern ihr Waldeigenthum belasteten, das damals seiner großen Ausdehnung und der dünnen Bevölkerung wegen von beinahe keinem Werthe war. Sieht man nun auf diesen Zweck und bedenkt zugleich, daß der Ansiedler so wenig Schreiner- als Zimmerholz hatte, aber das eine sowohl als das andere zur Herstellung seiner Wohn- und Wirthschaftsgebäude bedurfte und daß der Unterschied zwischen diesen erst ein Ergebniß der viel später, namentlich auf dem platten Lande, eingetretenen Theilung der Bauarbeit ist; so mag es wohl nicht bezweifelt werden können, daß in den Verhältnissen, denen dieses Beholzungsrecht die Entstehung verdankt, nichts zu finden ist, was die angenommene Beschränkung rechtfertigen könnte, daß sie vielmehr für die unbeschränkte, auf das Bedürfniß gehende, Berechtigung sprechen. Selbst dort, wo solche Berechtigungen Reste eines frühern Gesammteigenthums, oder aus der frühern Leibeigenschaft der Berechtigten hervorgegangen wären, würde sich die Sache nicht anders verhalten, weil immer derselbe Zweck vorwaltete, die vorhandene Ansiedelung zu erhalten und die künftige überall zu befördern durch Verabreichung sowohl an Material zur Herstellung der nöthigen Gebäude, als auch des sonstigen Holzes zur Feuerung und zu den Wirthschafts-Utensilien, sowie durch Gestattung der nöthigen Weide für das Vieh.

Ganz in Uebereinstimmung mit diesem historischen Ursprunge wird in der Rechtslehre jedes Beholzigungsrecht, insofern besondere dasselbe beschränkende Gründe fehlen, als für das Bedürfniß des berechtigten Gutes verliehen erachtet; gerade so wie es auch das allg. Landrecht an der oben bezogenen Stelle bestimmt. Sobald diese Rechte einmal nach der Natur der römischen Servituten beurtheilt wurden, verstand sich ohnehin der Punct des ganzen Bedürfnisses von selbst. Dann erklärt die Rechtswissenschaft die hier fragliche Berechtigung als diejenige, Holz zum Wiederaufbau oder zur Unterhaltung der Gebäude des herrschenden, berechtigten Grundstücks zu fordern; wodurch natürlich jeder aus der Doppelsinnigkeit des Wortes: Bauholz, entspringende Zweifel verschwindet. Pufend. obs. jur. univers., t. 1. obs. 124. — Beck, de jurisd. forest., S. 143, 144. — Runde, deutsch. priv. Recht §. 145. — Danz, über diesen §. 145. — Fritsch, de jure boscandi, sive lignandi — Krebs, de ligno et lapid. part. 1, class. 4, sect. 6, §. 2; respt. sect. 5, §. 3. — Eichhorn, deutsch. Priv. Recht, §. 283.

Es sey nun auch gestattet, einige Forstordnungen zur Unterstützung der diesseitigen Ansicht anzuführen:

Bekanntlich hat die Forstordnung von 1669, Tit. 20 Art. 10, tous bois d'usages *à batir et réparer*, gegen Entschädigung aufgehoben. Wie aber vorher eine solche Berechtigung in Frankreich verstanden wurde, ergibt ein deßfallsiges früheres Reglement vom 20. August 1582; es sagt: „c'est à savoir prendre et avoir *bois pour batir, réparer et entretenir* leurs dites maisons usagères, pour les combles, *planchers*, cloisons, *portes, fenêtrages* seulement.“ Nur sollen die Einfassungsmauern und der Giebel nicht von Holz, sondern mit Steinen erbaut werden. Ein anderes vom Jahre 1727, erlassen für die Holzungsberechtigten in den Domanial-Waldungen des Jura-Gebirges, welches ebenfalls gegen die Gewohnheit der Einwohner angeht, das ganze Gebäude in Holz aufzuführen, sagt am Schlusse, daß ihnen nur solches pour la charpente des toitures, couvertures des bardeaux, poutres, solives ou plots, *pour planchers de chambres, gréniers à grains, cloisons de séparation, portes et fenêtres*, abgeliefert werden soll. Curasson sur Proudhon, th. 1, S. 174—179. Wie man sieht, wissen diese Reglements nichts von einer Ausschließung des Schreinerholzes. — Der neue code forestier Frankreichs vom 21. Mai 1827 verfügt im Art. 83 Strafen gegen diejenigen, welche, berechtigt aus Staatswaldungen Holz zum Bauen zu erhalten, dieses zu dem bestimmten Zwecke nicht verwenden. Mit Bezug auf diesen Artikel verfügt der Art. 123 der unter dem 6. Juni nämlichen Jahres erlassenen ordonnance réglementaire: „aucune délivrance de bois pour *construction* ou *réparation* ne sera faite aux usagers que sur la présentation des devis dressés par les gens de l'art et constatant les *bésoins*. Es wird also auch hier wieder das Holz zum Neubau und zu den Reparaturen nach dem Bedürfnisse, und ohne irgend eine Beschränkung gewährt. So lautet auch der für die vier Departemente des linken Rheinufers unter dem 9. Prairial, Jahres 10, über die Ausübung der Waldberechtigungen in den Nationalwaldungen erlassene Beschluß in den Art. 5 und 6. Hier wie dort sind die Bedürfnisse der Berechtigten als Maaßstab des abzuliefernden Bauholzes aufgestellt. — In gleicher Weise bestimmen die §§. 20 und resp. 16 der Jagd-, Busch- und Fischerei-Ordnung des Churfürstenthums Köln von 1759, und der gesammelten jülich- und bergischen Jagd- und Forstsatzungen vom Jahre 1761; soll nämlich Berechtigten Holz zum Bauen, nicht Bauholz, angewiesen werden, so ist zuvörderst das erforderliche, nöthige zu ermitteln. — Zum Schlusse wird unter der Bemerkung, daß Schmidtheim (vid. Bärsch, Beschreibung der Eifel, Bd. 2. Abth. 1. S. 46.) ehemals eine blankenheim'sche Unterherrschaft war, noch angeführt, was die gräflich Manderscheidt-Blankenheim-Geroldsteinische Forst-, Wald-, Jagd- und Fischerei-Ordnung vom 29. December 1722 hierüber enthält. Nachdem in den §§. 26 und 27 des vierten Titels bestimmt worden, wie derjenige, der des Bauholzes benöthigt ist, sich zu melden, das Befinden des Nothbaues nachzuweisen hat, das Holz ihm angewiesen wird, und er solches zu hauen, aus dem Walde zu bringen und den Nachweis der richtigen Verwendung zu liefern hat, sagt der §. 28: „Denen

Unterthanen soll nicht erlaubt sein zu Rahrbäumen, Axen, Leiterbäumen, Räderspeicheln und dergleichen, ohne unserer oder Kanzley Erlaubniß (so ohne Ursache nicht ertheilt werden soll) Eichenholz zu verbrauchen; gleichfalls soll dieses ohnedem sehr abgehendes Eichenholz nicht zum Einbau, als Trümmern oder Balken, Unterzügen, Thür- und Fenstergestellen, sondern allein (jedoch mit Vorbehalt, daß die neuen Häuser von Steinen aufgemauert werden sollen) zu Schwellen und Eckpösten so in den Boden kommen, hergegeben . . . . . . werden."

Diese Forstordnung, die locale, schließt das Schreinerholz, namentlich die Thür- und Fenstergestellen, vom Bauholze nicht aus und, dieser ungeachtet, möchte ein allgemeines Berufen auf Observanz und Forstordnungen um so weniger Gewicht haben können.

Um die historische Gestaltung solcher Waldservituten näher zu belegen und zugleich nachzuweisen, daß namentlich Beholzungsrechte der hier fraglichen Art nicht als ein bloßes Recht auf Bauholz, sondern als ein solches, Holz zur Errichtung und Wiederherstellung der Gebäude, nach dem Bedürfnisse des betreffenden Grundstücks verliehen wurden, werden die hiernach angeführten Urkunden vielleicht genügend erscheinen.

1) Drei Bestätigungsdocumente über die Stiftung des Augustinerklosters auf dem Schiffenberge, in dem Wiesecker Walde, bei Gießen, durch die Gräfin von Gleiberg, in welchen wiederholt dem Kloster das Recht verliehen wird, zum Bauen das nöthige Holz aus diesem Walde zu nehmen.

So heißt es in der Urkunde vom Jahre 1129 „. . . . . . . et cum omni usu lignorum excidendorum ad edificandum et comburendum."

Gleichlautend ist der zweite Brief vom 20. Juni 1139.

Dann heißt es in dem fernern vom Jahre 1141: . . . . . . Ligna in proxima silva Wisecker Wald tam ad comburendum quam ad edificandum et ad omnes alios suas et Ecclesie sue usus *necessarios* quandocunque necesse habuerint, sibi sumant."

Cramer, Wetzlar. Neb. Stund. Th. 120, S. 487—491.

2) Im Jahre 1210 ertheilt der Erzbischof Theodorich von Köln dem Domcapitel die Holzgerechtigkeit im Bonforste für den Hof zu Kirchherten. Der passus concernens der Urkunde sagt: „Hoc intuentes ad petitionem canonicorum majoris Ecclesie dedimus ipsi ecclesie jus cedendi Ligna in silva Bonforst *ad opus curtis* sue in villa Herten constitute," u. s. w.

3) Eine gleiche Verleihung des Herzogs Wilhelm zu Jülich vom Jahre 1217 zum Vortheil des Klosters auf dem Salvator-Berge bei Aachen für deren Hof Schleiden in dem Ardennen-Walde. Die betreffenden Worte der Urkunde sind: „. . . . . libere et absolute ad usum curtis ejusdem cenobii que dicitur schleiden . . . . ac si earum propria esset, in eadem silva liberam secandi habeant facultatem."

4) Eine Urkunde vom 24. April 1268 durch welche Giselbert von Lugerode auf ein Beholzungsrecht im Brankenforst Verzicht leistet. Er bezeichnet sein Recht in folgender Art: „. . . . . in predicto nemore jus habuerimus Ligna succidendi ad comburen-

dum et ad edificia nostra construenda, *quantum nobis sufficiebat*, ...

Die drei letztern Urkunden sind zu finden in Lacomblet's Urkundenbuch, 2. Bd., S. 18, 37 u. 336.

Endlich stimmt damit, daß dergleichen Waldservituten in der Regel das Bedürfniß des Berechtigten umfassen, auch die Jurisprudenz überein. Deßfalls wird hier nur auf einige Urtheile des Rh. A. H. Bezug genommen. Arch. 9. 1. 193. — 32. 2. 273. besonders im 7. Erwägungsgrunde des Appellations-Urtheils und im Decisum sub a., ferner in der darunter abgedruckten Stelle desjenigen erster Instanz, B. 41. 1. 20. — 42. 1. 49.

Dann auf das Cassations-Urtheil B. 38. 2A. 3, worin ebenfalls die Unbeschränktheit der Berechtigung, nach dem Bedürfnisse, für die bei dem Anfange der Verjährung dagewesene Zahl der Einwohner, der Gebäude und des damaligen Viehstandes angenommen wird.

Servitut. — Besitz. — Beweislast.

Der Besitz einer Dienstbarkeit befreit den Besitzer nicht von der Beweislast, der Negatorienklage des Eigenthümers gegenüber.

Diese im römischen Rechte vielfach ventilirte Controverse (vergl. Esser, über die Beweislast bei den Servitutenklagen), welche auch in der französischen Jurisprudenz, namentlich mit Beziehung auf die eigenthümlichen Grundsätze des französischen Rechts über den Schutz des Besitzes verschieden beantwortet ist (vergl. Duranton, droit français III. 641. Troplong, prescription Nro. 231. Pardessus, Servitudes Nro. 324. Delvincourt, droit civil t. 1, p. 572. Sirey 43. 2. 25. und 44. 2. 158), wurde vom zweiten Civilsenate des Rh. A. G. H. in folgenden Fällen zu Gunsten des Negatorienklägers entschieden:

1.

Thomas — Drees.

Vor dem Hofe des Thomas führt eine Rinne das sich in demselben sammelnde Regenwasser in den Hof des Drees; dieser brachte an der auf seiner Seite befindlichen Oeffnung einen eisernen Rost an; auf die possessorische Klage des Thomas wurde er im ungehinderten Besitze des freien Wasserlaufs gehandhabt und die Entfernung des Rostes angeordnet.

Drees klagte darauf beim Kgl. Landgerichte zu Düsseldorf gegen Thomas dahin, daß diesem nicht das Recht zustehe, ihm die Anbringung eines Rostes zu untersagen.

Durch Urtheil vom 15. August 1846 belastete das Kgl. Landgericht den Verklagten mit dem Beweise, daß er 30 Jahre hindurch die fragliche Wasserlaufsdienstbarkeit unbehindert von einem Roste ausgeübt habe. Die hiergegen eingelegte Berufung verwarf der Appellhof, indem er erwog:

Daß dem Appellaten durch die in possessorio wider ihn ergangene Entscheidung, gemäß welcher er zur Entfernung des auf seinem Grund und Boden angebrachten Rostes verurtheilt wurde, hinreichende Veranlassung zu der auf Anerkennung seines unbeschränkten Eigenthums gerichteten Klage gegeben war;

Daß er hierbei dem Appellanten nur das Recht der Wasserleitung im Allgemeinen eingeräumt, und dieser letztere demnach bei der für die Freiheit des Eigenthums sprechenden gesetzlichen, durch den bloßen Besitz nicht zu beseitigenden Vermuthung, den Beweis einer größern Berechtigung, die nicht schon an und für sich in der erkannten Dienstbarkeit enthalten ist, zu führen hat.

II. Senat. Sitzung vom 24. Dezember 1847.

Advokaten: Lautz — Stupp.

II.

Artz — Schneider.

Schneider erhob gegen seinen Hausnachbar Artz Klage auf Beseitigung einer Dachrinne, wodurch das Regenwasser vom Dache des Verklagten auf des Klägers Hof geleitet wurde, sich deshalb auf Art. 681 des B. G. B. stützend. Artz berief sich dagegen principaliter auf den Besitzstand, auf das Vorhandensein der die Dienstbarkeit bekundenden Anlagen. Wie jedoch das Landgericht, so hielt auch der Appellhof ihn nichts destoweniger verpflichtet, darzuthun, daß der damalige Zustand 30 Jahre gedauert habe.

J. E., daß die angestellte Klage eine Negatorienklage ist, und daß daher, da dem Appellaten das Eigenthum des Hauses, für welches er klagt, nicht bestritten ist, und Beweise gegen die Gemeinschaft der Scheidemauer nicht vorliegen, die Klage nur durch den Beweis der dem Hause des Appellanten negirten Dienstbarkeit, abgewendet werden konnte;

daß der bloße Besitz der Dienstbarkeit, welche negatorisch bestritten wird, die Beweislast nicht ändert, weil diese Negatorienklage ihrer Natur nach, eine, durch eine solche Besitzergreifung herbeigeführte Rechtsverletzung voraussetzt, und es demnach kein besonderes Moment für die Bestimmung der Beweiskraft ist, daß sich der Verklagte im Besitze der Dienstbarkeit befindet.

II. Senat. Sitzung vom 8. Januar 1848.

Advokaten: Best — Lautz.

Ebenso erkannte der zweite Senat am 27. Mai 1848 in Sachen: Neuenhofer — Lehken.

Schuldbekenntniß. — Verpflichtungsgrund.

Enthält ein Schuldbekenntniß den Grund der Verbindlichkeit gar nicht, oder drückt es ihn nicht genugsam aus, so liegt nicht dem Aussteller der Beweis, daß die Obligation einer Causa ermangele, sondern dem Gläubiger der Beweis der Existenz einer solchen, ob.

Art. 1132 des B. G. B.

Aßmann — Rudloff.

Rudloff legte gegen Aßmann Arrest an auf Grund eines am 16. April 1844 von dem Letztern ausgestellten Scheines, welcher also lautet: „Ich bescheinige hiermit, daß ich dem Herrn K. Rudloff dreihundert Thaler Pr. Ct. verschulde, und demselben zur Abtragung dieser Schuld die Hälfte der Einkünfte der Kammeralerbpachtsmühle zu Elberfeld und Barmen des mir zukommenden Antheils, so auch die Hälfte der Ausbeute meines Antheils der Zeche Einigkeit bei Strele verschreibe." Die Klage auf Gültigkeitserklärung dieses Arrestes bestritt Aßmann aus dem Grunde, weil er die Valuta jenes Scheines nicht erhalten habe, was auch derselbe nicht beweise, da er einen Verpflichtungsgrund nicht angebe. Das Kgl. Landgericht zu Elberfeld nahm in seinem Urtheile vom 17. Februar 1848 an, daß der Schein qu. eine causa debendi nicht enthalte, daß er aber dennoch nach Art. 1132 gültig und beweisfähig sey, und daß der, welcher das Vorhandenseyn einer causa läugne, deren Nichtexistenz zu beweisen

habe, weshalb auf den subsidiarisch dem Arrestkläger hierüber deferirten Eid erkannt wurde.

Gegen dieses Urtheil wurde in Bezug auf die angegebene Entscheidung Seitens des Verklagten Aßmann die Berufung zum Rh. A. G. H. eingelegt, und zu deren Rechtfertigung ausgeführt: der qu. Schein enthalte keine causa debendi, der Ausdruck: „Ich bekenne zu verschulden" könne als genügende Angabe einer solchen nicht angesehen werden. arg. l. 25 §. ult. Dig. de probat. 22, 3; wenn der Art. 1132 des B. G. B. den Vertrag nichtsdestoweniger für gültig erkläre, so geschehe dies in der Voraussetzung, daß die Existenz einer causa, obgleich solche nicht ausgedrückt sey, bewiesen werde; über die Beweislast bestimme dieser Artikel nichts; nach den allgemeinen Prinzipien treffe dieselbe aber den Gläubiger; in Ermangelung des Nachweises der causa müsse derselbe daher abgewiesen werden, Duranton droit français X., Nro. 355. Delvincourt, t. 2, p. 687, Zachariae, II. §. 344.

Für den Appellaten wurde dagegen erwidert: In dem Ausdrucke: „Ich bekenne zu verschulden" liege hinlänglich ausgedrückt, daß der Aussteller dieses Bekenntnisses die Valuta empfangen habe, wie auch von der ältern französischen Jurisprudenz und bei der Diskussion des Art. 1132 angenommen worden. — Duranton, Nro. 353, Locré, legislation civile, Bd. II., p. 78; für den Inhaber eines nach Art. 1132 gültigen Scheines streite bis zum Beweise des Gegentheils die Präsumtion des Vorhandenseyns einer gültigen Causa; in diesem Sinne habe auch erkannt der Rh. A. H. am 22. November 1832 (im Arch. XVI. 1. 199.)

Der Rh. A. G. H. erließ hierauf folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß der Schuldschein vom 16. April 1844 weiter nichts, als die Bescheinigung enthält, daß Appellant dem Appellaten die Summe von 300 Thlr. verschulde, ohne daß eine Schuldursache angegeben ist;

Daß nach Art. 1131 des B. G. B. eine Verpflichtung sine causa unwirksam ist;

Daß zwar nach Art. 1132 ibid. eine Uebereinkunft, welche keinen Verpflichtungsgrund anführt, um deswillen nicht ungültig ist;

Daß dies aber die Nothwendigkeit nicht ausschließt, den Beweis eines gültigen Verpflichtungsgrundes zu liefern, indem hierüber die Urkunde nichts beweist, eben weil sie eines Verpflichtungsgrundes nicht gedenkt;

Daß dieser Beweis also neben dem Beweise über die Verpflichtung selbst geführt werden muß, und daß die Beweislast offenbar den Gläubiger nach Art. 1315 ibid. um so mehr trifft, als kein Gesetz in einem solchen Fall eine Rechtsvermuthung für die Existenz einer gültigen Causa zu Gunsten des Gläubigers aufstellt;

Daß im vorliegenden Falle Appellat einen solchen Verpflichtungsgrund, — der selbstredend in der bloßen Bescheinigung, eine gewisse Summe zu verschulden, nicht gefunden werden kann, — nicht nachgewiesen, auch in erster wie in zweiter Instanz zu einem solchen Beweis sich nicht erboten hat;

Daß daher Appellant durch das angegriffene Urtheil, welches ihn mit dem Gegenbeweise belastete, während es am Beweise einer gültigen Obligation ermangelte, offenbar beschwert erscheint;

Daß jedoch in Betreff der übrigen Verfügungen im angegriffenen Urtheile keine Beschwerde geltend gemacht worden ist.

Aus diesen Gründen

und mittelst theilweiser Reformation des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 17. Februar 1848, weist der ic. Hof die vom Appellaten am 11. September 1846 angehobene Klage, in sofern dieselbe auf Zahlung von 300 Thlr. aus dem Schuldbekenntniß vom 16. April 1844 und auf Gültigkeitserklärung des hiefür angelegten Arrestes gerichtet ist, als unbegründet ab, hebt den am 3. September 1846 bei Gottfried Breitbach und Heinrich Rehmann angelegten Arrest, in soweit derselbe auf die erwähnten 300 Thlr. mit gerichtet ist, als ungültig auf; legt dem Appellaten die Hälfte der Kosten erster Instanz zur Last; verurtheilt ihn in die Kosten dieser Instanz, deren Distraction zu Gunsten des appellantischen Anwalts verordnet wird; verfügt die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder; verwirft im Uebrigen die eingelegte Berufung u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 5. Juli 1848.

Advokaten: Lautz — Schmitz.

Kurkölnische Rechtsordnung. — Immobilar-Errungenschaft. — Erbfolge der Kinder verschiedener Ehen.

Die Bestimmung der kurkölnischen Rechtsordnung, wonach die während einer Ehe erworbenen Immobilien den Kindern dieser Ehe ausschließlich zufielen, findet Anwendung auch dann, wenn die Ehe unter der Herrschaft der neuern Gesetzgebung aufgelöst worden ist.

Kurköln. R. O. Tit. II. §. 3, VIII. §. 6.

Breidenbach — Breidenbach.

Der Ackerer Nicolaus Breidenbach zu Eckdorf war unter der kurkölnischen Rechtsordnung mit Gertrud Olligschläger verheirathet; diese starb nach Einführung des B. G. B. und hinterließ fünf Kinder, die dermaligen Appellaten; Nicolaus Breidenbach schritt später zur zweiten Ehe mit Ursula Krudwig und hinterließ bei seinem Absterben aus dieser Ehe drei Kinder, die dermaligen Appellanten. Bei der Theilung des väterlichen Nachlasses erhob sich unter den Kindern beider Ehen die Streitfrage, ob die während der ersten Ehe errungenen Immobilien zur Theilung zu bringen, oder den Kindern der ersten Ehe ausschließlich zuzuweisen seien, indem die Letztern die Bestimmung der kurkölnischen Rechtsordnung II. §. 3 und VIII. §. 6 für sich anriefen, die Kinder zweiter Ehe dagegen behaupteten, daß bei einer unter dem neuern Rechte aufgelößten Ehe auch nur dessen Bestimmungen hinsichtlich deß Erbrechts zur Anwendung kommen könnten. Von beiden Seiten wurde auf die Jurisprudenz des Rh. A. G. H. und des Revisionshofes Bezug genommen (vergl. Arch. 16. 1. 234. — 29. 2A. 6. — 36. 2A. 30. — 39 2A. 51.) Das Kgl. Landgericht zu Köln entschied unterm 18. Mai 1847 zu Gunsten der Kinder erster Ehe, indem es erwog:

J. E., daß bei Beurtheilung der Frage, ob den Kindern aus der ersten Ehe des Nicolaus Breidenbach ein ausschließliches Recht auf die in jener Ehe erworbenen Immobilien gebührt, der Richter sich auf den Standpunkt zu stellen hat, als sey die Auseinandersetzung in dem Augenblicke der Trennung der Ehe, also unmittelbar nach dem Tode der Gertrud Olligschläger, zu reguliren;

Daß daher von einer Kollision der Rechte der Kinder aus verschiedenen Ehen hier die Rede nicht seyn kann, indem damals eine zweite Ehe noch gar nicht abgeschlossen war und noch weniger also Kinder aus einer solchen zu berücksichtigen seyn konnten;

Daß unter diesen Umständen den Kindern zweiter Ehe Anrechte auf jenem Immobilar-Acquest mit dem Ableben ihres Vaters und nur dann zugefallen seyn würden, insofern ihr Vater nicht bereits bei Lebzeiten aufgehört hatte, Eigenthümer oder Miteigenthümer der gedachten Immobilien zu seyn;

Daß sonach einfach zu untersuchen bleibt, in welcher Art bei dem Tode der Gertrud Olligschläger zwischen dem überlebenden Ehemanne Nicolaus Breidenbach und den Kindern beider, der Immobilaracquest zu theilen war;

J. E. nun, daß die genannten Eheleute zur Zeit der Gültigkeit des kurkölnischen Statuts sich verheirathet haben, ohne rücksichtlich ihrer ehelichen Güterverhältnisse eine Vereinigung zu treffen, woraus von selbst folgt, daß sie den damals geltenden Bestimmungen sich unterwerfen wollten;

Daß also jene gesetzlichen Bestimmungen, als Klauseln eines stillschweigend geschlossenen Vertrages, die Stelle eines ausdrücklich geschlossenen Vertrages ersetzen;

Daß aus diesem Grundsatze nothwendig folgt, daß der Wechsel der Gesetzgebung auf die Rechte des überlebenden Ehemannes einen Einfluß nicht äußern konnte, weil dieselben vertragsmäßig erworben waren; daß aber auch anderer Seits der überlebende Ehemann nicht ausgedehntere Rechte beanspruchen darf, als das Statut ihm einräumt, weil sonst zum Nachtheile der in die Rechte des verstorbenen Ehegatten eintretenden Personen, gleichviel ob dies Kinder oder andere Erben seyn mögen, Verträge und Gesetze neben- und durcheinander zur Anwendung gebracht werden würden, was nur soweit zulässig seyn kann, als dem neuen Gesetze eine rückwirkende Kraft beigelegt ist;

Daß in Bezug auf das hier zur Sprache kommende Rechtsverhältniß ein derartiges zurückwirkendes Gesetz nicht vorhanden ist, und daß auch ein Zweifel aus dem Gesetze vom 17. Nivose J. II. in dieser Hinsicht nicht entnommen werden kann, da nach Inhalt desselben die vertragsmäßigen

oder statutarischen Rechte des überlebenden Ehegatten unter Umständen beschränkt, niemals aber erweitert werden sollten; (Art. 13 des allegirten Gesetzes);

Daß im vorliegenden Falle nach der Natur der Sache die Kinder aus der zweiten Ehe des Nicolaus Breidenbach kein Interesse haben können, die ihrem Vater beim Tode seiner ersten Frau vertragsmäßig erworbenen Rechte beschränkt zu sehen;

Daß aber eine Erweiterung dieser Rechte nicht eintreten kann und daß es daher, den Kindern zweiter Ehe gegenüber, unzweifelhaft bei den die Stelle eines Ehevertrages vertretenden Bestimmungen des kurkölnischen Statutes verbleiben muß;

Daß auf der andern Seite die Kinder erster Ehe eine Beschränkung der ihrem Vater auf Grund des gedachten Statutes erworbenen Rechte nicht einmal prätendiren und daß also auch ihnen gegenüber der Inhalt dieses Statutes maßgebend ist;

Daß aber das Letztere, für den Fall der Auflösung der Ehe und bei dem Vorhandensein von Kindern eine ungleiche Theilung der Gütergemeinschaft dahin anordnet, daß der überlebende Ehegatte neben den sämmtlichen Mobilien nur die Leibzucht an den, zur Gütergemeinschaft gehörenden, während der Ehe erworbenen Immobilien, nicht aber Eigenthum an denselben erhalten soll; (Tit. 8, §. 6 des kurkölnischen Landrechtes in Verbindung mit Tit. 2, §. 3 desselben.)

Daß, wenn in dieser Weise die Rechte des überlebenden Ehegatten begrenzt sind, sich von selbst ergibt, daß alles Uebrige, was zur Gütergemeinschaft gehörte, namentlich also das Eigenthum des Immobilar-Acquestes den Erben des verstorbenen Ehegatten, hier also den Kindern der Gertrud Oligschläger, zufallen mußte;

Daß sonach Nicolaus Breidenbach in dem Augenblicke des Absterbens seiner ersten Ehefrau mit Rücksicht auf die zur Anwendung kommenden Bestimmungen über die ungleiche Theilung der Gütergemeinschaft an den in jener Ehe erworbenen Grundstücken, jedes Eigenthums- oder Miteigenthumsrecht verloren hatte, und ein Uebergang durch ihn auf die später mit Ursula Krudwig erzeugten Kinder nicht mehr denkbar war.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung verwarf der Rh. A. G. H. durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß, wenn schon die unter der Herrschaft der kurkölnischen Rechtsordnung eingegangene Ehe des Nicolaus Breidenbach mit der Gertrud Olligschläger durch den Tod der Letzern erst seit Einführung des B. G. B. aufgelöset worden ist, dennoch bei der Auseinandersetzung und Theilung zwischen dem überlebenden Ehegatten und seinen Kindern dieser ersten Ehe nur die bei dem Abschlusse derselben früher geltenden Gesetze und nicht die erst später eingeführten neuen Rechtsbestimmungen zur Anwendung kommen konnten, indem nicht diese, sondern jene, in Ermangelung eines ausdrücklichen abweichenden Ehevertrages, stillschweigend als bleibende Norm aller ehelichen Güterrechte unter den Eheleuten ein und für allemal angenommen wurden;

Daß demzufolge der überlebende Vater die Fahrniß ausschließlich und die Leibzucht an dem Vermögen der Kinder ebenfalls erhielt, wohingegen diesen die in der Ehe erworbenen unbeweglichen Güter eigenthümlich verbleiben sollten;

Daß, wenn der Vater die Hälfte der besagten gewonnenen Güter nach den Bestimmungen der spätern Gesetze für sich in Anspruch nehmen, und gleichzeitig das Eigenthum der Fahrniß, sowie die Leibzucht der Immobilien der Kinder fordern dürfte, er offenbar die Vortheile zweier sich widersprechenden Gesetzgebungen zum Nachtheile der Kinder kumuliren würde;

Daß, wenn ihm dies bei Auflösung der ersten Ehe nicht zustand, auch seine Kinder zweiter Ehe nach seinem Tode keine ausgedehnteren und größeren Ansprüche zu machen befugt seyn können;

Daß folglich die Appellanten durch die Entscheidung des ersten Richters nicht beschwert worden sind;

Aus diesen und aus den in dem Urtheile a quo bereits ausführlich enthaltenen Gründen, verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 18. Mai 1847 als unbegründet, unter Verurtheilung der Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Civilsenat. Sitzung vom 20. Juli 1848.

Advokaten: v. Hontheim — Laut.

Miethvertrag. — Quittung. — Novation.

Ertheilt in einem Miethvertrage der Vermiether dem Anmiether Quittung über die von demselben für die ganze Miethzeit vorausbezahlte Miethe, indem er gleichzeitig für den Betrag derselben successiv erfallende Wechsel auf den Miether zieht, welche von diesem acceptirt werden, so liegt hierin keine Novation der aus dem Miethcontrakte entspringenden Obligation des Miethers; zahlt er daher die Wechsel bei Verfallzeit nicht, so kann er nicht bloß auf Zahlung derselben verfolgt, sondern auch die Auflösung des Miethvertrages gefordert werden.

Baumann — Grieff.

Durch Notarialact vom 13. Juli 1843 vermiethete Schmitz ein seiner Ehefrau Margaretha Klein gehöriges Haus zu Crefeld an Baumann auf 9 Jahre, für den jährlichen Miethzins von 100 Thlr., welchen er für die ganze Dauer der Miethe bereits empfangen zu haben bekannte. Unterm 1. August 1843 zog Schmitz an seine eigne Ordre auf Baumann eine Reihe von Wechseln, jeden im Betrage von 25 Thlr. und von Vierteljahr zu Vierteljahr erfallend bis zum 15. Mai 1852, Endtermin jener Miethe; hinsichtlich der Valuta heißt es in denselben: „Werth berechnet." Sämmtliche Wechsel sind von Baumann acceptirt. Durch Notarialact vom 6. Juni 1847 verkaufte die Wittwe Schmitz, Margaretha Klein, dem Metzger Grieff das fragliche Haus, verpflichtete ihn, den mit Baumann abgeschlossenen Miethvertrag auszuhalten, und setzte ihn in den Besitz der noch nicht verfallenen Wechsel, und als nun der am 15. August 1847 erfallende Wechsel nicht gezahlt wurde, erhob Grieff gegen Baumann Klage auf Auflösung des Miethvertrages und Räumung, welche das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf durch Urtheil vom 29. April 1848 aus dem Grunde deferirte, weil die von dem Ehemanne über angebliche Vorausbezahlung der Miethe ausgestellte Quittung die Ehefrau nicht verpflichte, daher auch deren Rechtsnachfolger nicht entgegen stehe.

Hiergegen Berufung Seitens des Baumann, zu deren Rechtfertigung ausgeführt wurde: Die im Miethvertrage

enthaltene Quittung beweise in rechtsgültiger Weise die Zahlung der Miethe; die Wechsel verdankten andern Verhältnissen ihren Ursprung; nehme man aber die Behauptung des Appellaten, daß die Wechsel ausgestellt worden, um dem Ehemanne den Miethvertrag zu sichern, während er wegen einer damals gegen ihn eingeleiteten Ehescheidungsprozedur die Disposition über das Haus zu verlieren befürchtet habe, als richtig an, so liege eben in der Ausstellung jener Wechsel eine Novation, eine Aufhebung der aus dem Miethcontracte entsprungenen Obligation, in deren Folge der Acceptant zwar von jedem Inhaber derselben zur Zahlung gezwungen, nicht aber eine Auflösung des Miethvertrages vom Vermiether begehrt werden könne.

Appellatischer Seits wurde dagegen zunächst aus den factischen Verhältnissen zu entwickeln gesucht, wie die Quittung simulirt und wirkungslos sey, dann aber in Bezug auf die behauptete Novation ausgeführt, daß eine solche nicht präsumirt werde, hier aber auch nicht aus dem Acte hervorgehe; daß in der Ausstellung der Wechsel keine Zahlung, sondern nur ein Mittel zur Zahlung liege; daß denselben immer das Miethverhältniß zu Grunde liege, und daher bei nicht erfolgender Zahlung seine rechtlichen Wirkungen äußere.

In Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministerii erließ hierauf der Appellationshof folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Appellant der Klage auf Zahlung der rückständigen Miethe und Resiliation des Miethvertrages vom 13. Juli 1843 die in dem letztern Acte enthaltene Quittung entgegensetzt, deren Gültigkeit von dem Appellaten bestritten wird;

J. E., daß dem Ehemanne nach Art. 1429 des B. G. B. das Recht zusteht, die Güter der Frau auf einen neun Jahre nicht übersteigenden Zeitraum zu verpachten, daß mit diesem Rechte nothwendig auch jenes verbunden ist, die Bedingungen eines solchen Pachtvertrages festzusetzen, namentlich zu stipuliren, daß der Pacht oder Miethzins für die ganze vertragsmäßige Dauer der Miethe zum Voraus bezahlt werde, sowie diesen Zins zu empfangen, und vorbehaltlich der Ansprüche der Frau auf Ersatz aus dem Vermögen des Mannes bei Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft, dem Dritten gegenüber über den Empfang gültige Quittung zu geben;

J. E., daß der Appellat die in dem Miethvertrage bekundete Zahlung und die darüber ertheilte Quittung als simulirt angreift und unter Bezugnahme auf den Vertrag vom 6. Juni 1847, durch welchen er das vermiethete Haus von der Wittwe Schmitz käuflich erworben hat, behauptet, daß zwar zwischen dem Autor des Appellanten und diesem selbst, um die Frau des Erstern von dem Genusse des Hauses für die ganze Miethzeit auszuschließen, vereinbart worden sey, im Miethvertrage selbst über die ganze Miethe Quittung zu ertheilen, daß der Appellant jedoch, um den Schmitz für die in der Wirklichkeit nicht gezahlte Miethe persönlich sicher zu stellen, bei Errichtung des Vertrages eine Serie von Billets ausgestellt habe, welche nach Betrag und Verfallzeit den einzelnen Miethzielern entsprächen und so in ihrer Gesammtheit den Miethzins für die ganze Dauer der vertragsmäßigen Zeit von neun Jahren repräsentirten;

Daß nun zwar der Appellant dieser Auslassung ausdrücklich widerspricht und dagegen behauptet, daß die von dem Appellaten vorgelegten Billets, deren Aechtheit er nicht bestreite, aus ganz anderen Gründen, namentlich wegen baarer Darlehen und erhaltener Geräthschaften von ihm acceptirt worden seyen, daß auch aus den Erklärungen der Wittwe Schmitz in dem bezogenen Kaufvertrage, bei welchem der Appellant nicht concurrirt hat, gegen diesen Letztern nichts hergeleitet werden kann;

Daß jedoch die Aufstellung des Appellaten durch die Vergleichung und Uebereinstimmung der producirten Billets, namentlich rücksichtlich des Datums ihrer Ausstellung, ihrer Verfallzeit, ihres Betrages und des Aufhörens der ganzen Serie mit der Höhe und der Verfallzeit des im Vertrage stipulirten Miethzinses vollständig gerechtfertigt wird, und die hinzutretenden Umstände, daß einerseits die Ehefrau Schmitz zur Zeit des Abschlusses des Miethvertrages gegen ihren Mann auf Ehescheidung geklagt hatte, Letzterer also damals in der Lage und in der feindseligen Stimmung seyn mochte, seiner Frau auf möglichst lange Zeit den Genuß ihres Sonderguts entziehen zu wollen, andererseits von dem, wie nicht bestritten worden, in beschränkten Verhältnissen lebenden Appellanten füglich nicht angenommen werden kann, daß er zur Zeit des Miethvertrages im Stande gewesen sey 900 Thlr. auf einmal zu bezahlen, an der Simulation der im Mieth-

vertrage bekundeten Zahlung und Quittung vollends keinen gegründeten Zweifel übrig lassen;

Daß auch die von dem Appellanten hiergegen subsidiarisch erhobene Einrede, daß durch die Ausstellung der vorgelegten Wechsel zur Zahlung der Miethschuld jedenfalls bei Tilgung der Letztern eine Novation bewirkt worden sey, für begründet nicht zu halten ist, weil die von dem Appellanten acceptirten sogenannten Wechsel, welche ihrer rechtlichen Wirkung nach nur einfache Schuldscheine darstellen und der oben nachgewiesenen Simulation zufolge keinen andern Entstehungsgrund als den Miethvertrag haben, keineswegs geeignet sind, die Miethschuld zu tilgen und an deren Stelle eine neue Schuld zu schaffen, sondern ohne Veränderung der rechtlichen Natur der erstern nur als Mittel zur Verheimlichung der Simulation und Sicherstellung des Vermiethers für die in der Wirklichkeit nicht erhaltene Zahlung angesehen werden können;

J. E., daß hiernach die Klage des Appellaten, da die Zahlung der fällig gewordenen Miethzieler der ergangenen Aufforderung ungeachtet nicht erfolgt ist, überall begründet erscheint und der Appellant durch die Entscheidung des angegriffenen Urtheils nicht beschwert ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 29. April 1848 eingelegte Berufung und verurtheilt den Appellanten in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 17. Juli 1848.

Advokaten: Kyll — Lautz.

Eisenbahnen. — Expropriation. — Entschädigungsverbindlichkeit.

Wenn die zum Vortheile einer Eisenbahngesellschaft unter der Leitung des Staates expropriirten Grundstücke der Erstern überwiesen worden sind, so können auch nur gegen diese die Ansprüche wegen zu leistender Grundentschädigung geltend gemacht werden.

Kgl. Regierung zu Aachen — Schwarz.

In der oben S. 35 mitgetheilten Sache der Aachen-Düsseldorfer Eisenbahn-Gesellschaft — Nellessen und Cons. wurde die Frage behandelt, ob die zum Vortheile einer Eisenbahn-Gesellschaft expropriirten Grundstücke dieser Gesellschaft oder der die Expropriation leitenden Kgl. Regierung zu überweisen seyen, und es entschied sich der A. G. H. durch sein Urtheil vom 19. Januar 1848 für die erstere Alternative. Hiermit war aber die zweite Frage noch nicht entschieden, ob der expropriirte Grundeigenthümer sich wegen der ihm gebührenden Entschädigung nur an die expropriirende Eisenbahn-Gesellschaft zu halten befugt sey, oder ob er seine desfallsigen Rechte auch gegen die betreffende Kgl. Regierung geltend machen könne. Diese Frage bildet den Gegenstand des hier mitzutheilenden Rechtsstreites.

Es belangte nämlich der Ackerer Peter Schwarz die Kgl. Regierung zu Aachen, um die Entschädigung feststellen zu hören, welche ihm für mehrere durch die Kgl. Regierung für die Aachen-Düsseldorfer Eisenbahn-Gesellschaft expropriirte Grundstücke gebühre. Die Kgl. Regierung erwiederte hierauf, nicht sie, sondern die gedachte Eisenbahn-Gesellschaft sey in den Besitz dieser Grundstücke eingewiesen worden, es sey also auch nur diese Letztere als Schuldnerin für die Grundentschädigung zu betrachten und mithin sie, die Kgl. Regierung, nicht die richtige Verklagte. Das Kgl. Landgericht zu Aachen erkannte hierauf, wie folgt:

J. E., daß sowohl nach der altländischen, als hier bestehenden Gesetzgebung nur der Staat des öffentlichen Nutzens wegen die Abtretung fremden Eigenthums zu erzwingen berechtigt ist, und es dem Staatsoberhaupte vorbehalten bleibt, über die Nothwendigkeit der Erwerbung zu entscheiden; Allg. L. R. Einl. §. 75 und Th. I. Tit. 11. §. 4, 10. — Art. 545 des B. G. B. und Gesetz vom 8. März 1810, Art. 3.

Daß daher auch der Staat, eben weil das Privateigenthum zum Nutzen aller gefordert wird und dienen soll, zur Entschädigung verpflichtet ist, wie das bezogene Gesetz Art. 20 seq. ausdrücklich anerkennt; daß Beklagte diese Pflicht im Allgemeinen auch nicht bestreitet, jedoch durch §. 8 des Gesetzes vom 3. November 1838 für aufgehoben erachtet;

Daß aber durch die Verleihung des Expropriationsrechtes, welche hier für Eisenbahnunternehmungen überhaupt als gemeinnützige Einrichtungen ausgesprochen worden, das Rechtsverhältniß des Staates dem Expropriirten gegenüber nicht geändert wird, indem dieser nach wie vor es ist und bleibt, der bei jeder neuen Anlage die Abtretung im öffentlichen Interesse beansprucht und durch seine Organe nach Art. 3 cit. die Ankäufe gegen die betreffenden Grundbesitzer jedesmal beschließen muß, bevor das Gericht die Eigenthumsentziehung erkennen kann; daß die Ueberweisung der hiernach vom Staate beschlossenen Acquisition an eine Privatgesellschaft nur die Folge hat, daß diese als Ankäuferin auch für den Preis haftet und dem Staate nach §. 20 des Eisenbahngesetzes regreßpflichtig wird, wenn er den durch ihn Expropriirten entschädigen muß;

Daß dieses Gesetz dagegen eine Aufhebung oder Modification der für Expropriationen geltenden Bestimmungen in der Art, wie Beklagte glaubt, so wenig beabsichtigt und ausgesprochen hat, als dieselben vielmehr ohne irgend eine Restriction im §. 11 ausdrücklich für anwendbar erklärt sind, so wie denn auch die Kgl. Regierung das Gesetz vom 8. März 1810 in allen übrigen Punkten genau befolgt, und nur die Pflicht zur Entschädigung, die sie in früheren Prozessen nie bestritten hat, jetzt ablehnen will;

Daß diese aber mit dem ganzen Gesetze um so mehr als fortbestehend erachtet werden muß, als der Expropriirte hier nicht, wie in den alten Provinzen, nur gegen Empfang oder gerichtliche Deposition des Taxwerthes zur Uebergabe des Grundstückes verpflichtet ist (§. 11 l. c.), sondern, wie im vorliegenden Falle, ohne Weiteres auf Antrag der Verwaltung depossedirt wird, so daß er häufig das leere Nachsehen haben würde, wenn der Staat, indem er für Private von seiner Befugniß Gebrauch macht und die Grundbesitzer zur Abtretung ihres Eigenthumes zwingt, sich der Entschädigungspflicht entschlagen könnte, die sowohl nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, als nach den bestehenden Gesetzen eine nothwendige Folge der Ausübung seines Rechtes ist;

Daß daher, nachdem der Staat in vorgeschriebener Weise gegen den Kläger den Ankauf beschlossen hat, die Kgl. Regierung auch durch rechtskräftiges Erkenntniß als „Expropriations-Provocantin“ mit der Eisenbahndirection zur sofortigen Besitzergreifung gegen ihn ermächtigt worden ist, und

sogar selbst die zur Ermittelung der Entschädigung gleichzeitig ernannten Experten zur Vereidung hat laden lassen, die Passivlegitimation von der Beklagten mit Unrecht bestritten wird;

Aus diesen Gründen

verwirft das Kgl. Landgericht die von der Beklagten der Klage entgegengesetzte Einrede der mangelnden Passivlegitimation als unbegründet, giebt derselben vielmehr auf, sich zur Sache selbst einzulassen. . . . .

Gegen dieses Urtheil appellirte die Kgl. Regierung, indem sie sich im Wesentlichen auf die Grundsätze bezog, welche der A. G. H. sowohl in dem oben bereits bezogenen Urtheile vom 19. Januar d. J., als auch in dem Urtheile vom 30. August 1843 (Arch. 37. 1. 13.) ausgesprochen habe. — Der Appellat Schwarz hatte keinen Anwalt bestellt. — Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, daß wenn auch die Eisenbahngesellschaft, zu deren Vortheil eine Expropriation statt finde, nach den Bestimmungen des Gesetzes vom 3. November 1838 direct in den Besitz eingewiesen werden könne, dennoch immer der Staat der eigentliche Expropriirende bleibe, daß die Verpflichtung des Staates zur Entschädigung des Expropriirten, welche in dem Gesetze vom 8. März 1810 ausdrücklich anerkannt worden, durch das Gesetz vom 3. November 1838 zwar auf die betreffenden Eisenbahngesellschaften übertragen worden sey, daß durch §. 20 l. c. jedoch nur das Verhältniß der Eisenbahngesellschaften zu dem Staate regulirt, keineswegs aber die Rechte der expropriirten Grundeigenthümer, sich mit ihrer Forderung direct an den Staat zu halten, alterirt worden seyen, indem gerade im Gegentheile dort anerkannt werde, daß auch jetzt noch Ansprüche wegen Grundentschädigung gegen den Staat erhoben werden könnten. Der Staat könne daher in einem solchen Falle nicht als der unrichtige Verklagte angesehen werden, vielmehr müsse es ihm, wenn die Klage direct gegen ihn angestellt werde, überlassen bleiben, die betreffende Eisenbahngesellschaft zum Rechtsstreite beizuladen. — Dem hierauf gegründeten Antrage auf Verwerfung der Berufung deferirte indeß der A. G. H. nicht, vielmehr erließ derselbe folgendes reformatorische

Urtheil:

I. E., daß der Appellat keinen Anwalt bestellt hat und daß daher in contumaciam gegen denselben zu erkennen ist;

J. E., daß der Aachen-Düsseldorfer Eisenbahn-Gesellschaft durch den §. 8 des Gesetzes vom 3. November 1838, in Verbindung mit der Allerh. Concessions- und Bestätigungs-Urkunde vom 21. August 1846 das Recht zur Expropriation behufs der Erwerbung der für die Zwecke derselben zu verwendenden Grundparzellen verliehen worden ist;

Das demzufolge dieselbe durch den Bescheid des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 7. Juni 1847 auch ermächtigt worden ist, die betreffenden Realitäten und namentlich diejenigen, für welche der Appellat entschädigt seyn will, sofort in Besitz zu nehmen;

Daß hiernach das eigentliche Expropriationsverfahren bereits seine Erledigung erhalten hat und daß daher nur noch die Höhe der dem Appellaten für die abgetretenen Realitäten gebührenden Entschädigungssumme zu ermitteln übrig bleibt;

Daß aber die zu dem Ende von dem Appellaten mittelst Vorladung vom 15. März d. J. erhobene besondere Klage von demselben gegen den unrechten Verklagten gerichtet worden ist, da die von ihm in Anspruch genommene Entschädigung nicht, wie er behauptet, von dem Fiskus, sondern wie dieses noch besonders durch den §. 20 des Gesetzes vom 3. November 1838 verordnet wird, von der Aachen-Düsseldorfer Gesellschaft zu entrichten ist, indem diese in den Besitz der fraglichen Realitäten eingewiesen wurde und auch nur sie, nicht aber der Fiskus, dieselben in ihrem Nutzen verwendet hat;

Daß die appellantische Kgl. Regierung bei der Einleitung des vorliegenden Expropriationsverfahrens zwar mitgewirkt hat, daß aber diese Mitwirkung und die in Folge derselben von ihr erwirkte Einweisung der Aachen-Düsseldorfer Gesellschaft in den Besitz der expropriirten Grundstücke, nur auf das eigentliche Expropriationsverfahren, wobei sowohl nach dem Gesetze vom 8. März 1810, als auch nach der Verordnung vom 3. November 1838 die Mitwirkung der Verwaltungsbehörden in mehrfacher Beziehung erfordert wird, sich beschränkt hat und sich beschränken mußte, keineswegs aber auf bloße Entschädigungs-Ansprüche der expropriirten Grundeigenthümer ausgedehnt werden kann, für welche der Fiskus überhaupt nicht anspruchlich ist und über welche zu verhandeln, derselbe daher auch aller rechtlichen Befugniß ermangelt;

Daß hierin der Umstand eben wenig etwas zu ändern

vermag, daß nämlich der Anwalt der appellantischen Kgl. Regierung in dem Laufe des eingeleiteten Expropriationsverfahrens die Vereidung der mit der Abschätzung der zwangsweise abgetretenen Grundstücke durch den schon bezogenen Bescheid des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 7. Juni 1847 beauftragten Sachverständigen bei dem betreffenden Friedensgerichte beantragt hat, weil es sich hier von einer vom Appellaten eingeführten besondern Klage handelt, in Beziehung auf welche die passive Legitimation des als Verklagter in Anspruch genommenen Fiskus einer selbstständigen richterlichen Prüfung unterliegt;

Daß endlich hiemit die Bestimmungen der Art. 20 sqq. des Gesetzes vom 8. März 1810 keineswegs in einem Widerspruche stehen, indem wenn daselbst der Grundsatz ausgesprochen wird, daß die Klagen auf Zahlung des Werthes der zwangsweise abgetretenen Grundstücke gegen die Domainen-Verwaltung gerichtet werden sollen, dies lediglich darin seinen Grund hat, weil zur Zeit der Emanirung jenes Gesetzes, das Expropriationsverfahren, des öffentlichen Nutzens wegen, überhaupt nur dem Fiskus zustand, und daher auch nur dieser für die Entschädigung der zwangsweise abgetretenen Grundstücke haften konnte;

Daß aber, nachdem das Expropriationsrecht auch andern Korporationen verliehen worden ist, daraus die nothwendige Folge sich ergibt, daß auch nur diese letztere, insofern dieselben von dem ihnen verliehenen Rechte Gebrauch machen, für die zu leistende Entschädigung haften und dabei von dem Staate, welchem in dem gegebenen Falle eine solche Entschädigungsverpflichtung überhaupt fremd ist, nicht vertreten werden kann;

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. in contumaciam des Appellaten erkennend, das Erkenntniß des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 20. April 1848 und weiset, an dessen Statt erkennend, den Appellaten mit der, von demselben mittelst Vorladung vom 15. März 1848 erhobenen Klage unter Verurtheilung desselben in die Kosten beider Instanzen, ab; beauftragt den Gerichtsvollzieher u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 24. Juli 1848.

Advokat: Forst.

Wechsel. — Protest. — Formen. — Frist. — Ausnahmegesetz. — Ausländer.

Auch die in einem Lande in Folge augenblicklicher Ereignisse erlassenen Ausnahmegesetze, in Betreff der bei Protesten zu beobachtenden Formen und Fristen, binden den Ausländer und kommen ihm zu Statten.

Rothschild — Jacobsohn.

Unter dem 20. November 1847 hatte von Lochhorst zu Brüssel einen Wechsel zum Betrage von 1800 Fcs. an die Ordre von Nicolaus Wergifosse zu Aachen auf H. Garneron in Paris gezogen. Wergifosse indossirte denselben an H. J. Neus, Neus an Gebrüder Rothschild und diese an Johann Jacobsohn in Aachen. Er war fällig am Ende Februar d. J., wurde jedoch erst am 11. März Mangels Zahlung protestirt auf den Grund des Decrets der provisorischen Regierung der französischen Republik vom 26. Februar, wodurch in Folge der zu Paris statt gefundenen Ruhestörungen die Frist zum Proteste fälliger Wechsel um zehn Tage verlängert wird.*) Am 24. März belangte nun Jacobsohn die Gebrüder Rothschild zu Aachen vor dem dortigen Handelsgerichte auf Zahlung der Wechselsumme mit Protestkosten, Spesen und Zinsen, unter dem Nachtheil persönlicher Verhaftung. Die Verklagten ließen ihren Vordermann H. J. Neus beiladen

---

*) Hier der Text dieses Dekrets:

Attendu que, depuis le 22 Février la circulation des correspondences et effets de commerce daus la ville de Paris se trouve suspendue;

Attendu que les citoyens, occupés à la défense commune ont du suspendre le cours de leurs affaires et payements considerant l'urgence des circonstances, sur la proposition du ministre des finances.

Decrête:

Art. 1er les échéances des effets de commerce payables à Paris, depuis le 22. Février jusqu'au 15. Mars prochain inclusivement, seront prorogées de dix jours, de manière à ce que les effets échus le 22. Février ne soient payables que le 3. Mars, et ainsi de suite.

Art. 2me tous protêts, recours en garantie et préscriptions mentionnés en l'art 1er sout également suspendus et prorogis pendant dix jours.

und beantragten zur Hauptklage lediglich, das Rechtliche zu erkennen, nach deren Antrag auch das Handelsgericht erkannte.

Gegen diese Entscheidung die Berufung ergreifend, führten die Gebrüder Rothschild nunmehr an, daß die durch das gedachte Decret für Proteste gegebene Fristverlängerung für Ausländer nicht bindend seyn könne, daß die hiesigen Parteien sich durch ihre Unterschrift nur verpflichtet hätten, vor dem im Wechsel selbst ausgedrückten Verfalltage Deckung in Paris zu besorgen, und daher der Protest ihnen gegenüber, als zu spät erhoben, wirkungslos seyn müsse, was um so mehr mit Grund behauptet werden könne, als der Wechsel sich selbst nur un mandat non susceptible d'acceptation nenne, so daß er also eigentlich kein Wechsel und darin gar keine Verpflichtung eines Franzosen, für welche doch nur allein das Moratorium des Dekrets ertheilt worden, enthalten sey.

Hiernach werde die Berufung anzunehmen und die Klage des Gegners abzuweisen seyn.

Zur Beseitigung der erhobenen Einrede bemerkte der Appellat, wie hier nur von der Beobachtung einer prozessualischen Frist die Rede sey, die keine andere habe seyn können, als die am Orte, wo der Protest aufzunehmen gewesen, vorgeschriebene. Denn ein Moratorium zum Vortheil der Pariser Wechselschuldner liege in jenem Decrete nicht, vielmehr sey es eben so im Interesse der Wechselinhaber ergangen, indem die durch die politischen Ereignisse verursachte Unterbrechung der Correspondenz und der Circulation der Handelspapiere sowohl als Einstellung der Geschäfte und Zahlungen der Handlungshäuser zu diesem Gesetze die Veranlassung gegeben, wie dessen Eingang unbezweifelt ergebe.

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß der fragliche Wechsel in Paris zahlbar war, daß sonach auch die zur Wahrung der Regreßklage zu beobachtenden Formen nach dem Gesetze jenes Ortes zu ermessen sind und somit die durch das Decret vom 26. Februar 1848 gewährte Fristverlängerung dem Appellaten zu Statten kam;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. H. die Berufung gegen das Urtheil

des Kgl. Handelsgerichts zu Aachen vom 11. Mai d. J. und verurtheilt die Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 30. Juni 1848.

Advokaten: Seligmann — Nacken.

Spediteur. — Waarenversendung. — Mandat. — Nützliche Geschäftsführung. — Verantwortlichkeit.

Der Spediteur, der vom Zusender Waaren mit dem Auftrage erhalten, solche nach Angabe des Bestimmungsortes weiter zu senden, gerirt nützlich die Geschäfte des Letzern, wenn er, ohne die Disposition abzuwarten, die Waaren an den Ort sendet, welchen später der Eigenthümer zur Versendung bezeichnet, und ist daher für die zufälligen Folgen der Versendung nicht verantwortlich.

Humk — Schröder.

Die Gebrüder Humk zu Lüdenscheid, in der Grafschaft Mark, sandten vor dem 20. Februar d. J. sieben Fässer mit Eisenwaaren an den Spediteur Schröder zu Düsseldorf, ohne Auftrag oder Adresse zur Weitersendung, um, wie auch in erster Instanz von Letzterm nachgegeben wurde, eine solche bis auf weitere Verfügung auf's Lager zu nehmen. Durch Schreiben vom 5. und 30. März wurde er von jenen beauftragt, diese Fässer pr. Amsterdam an Kunden zu Königsberg und Danzig zu senden, für alle die Seefahrt, für drei derselben auch die Rheinfahrt zu asseeuriren. Schröder hatte aber den Auftrag nicht abgewartet, vielmehr diese Waaren schon früher mit einem gewöhnlichen Beurtschiffer nach Amsterdam abgehen lassen. Daher unterblieb auch die Assecuranz der drei Fässer für die Rheinfahrt; jenes Schiff ging indeß am 4. März bei Gravenshaag auf dem Rheine unter, und in Folge dieses Unfalls kamen die Waaren nicht in den Besitz der Kunden, wofür sie bestimmt waren. Hierdurch und weil die Gebrüder Humk sich gar nicht darauf einlassen wollten, die Fässer in dem Zustande zurückzunehmen, in welchem sie aus dem Wasser gerettet worden, klagten selbige unter dem

28. Juli v. J. bei dem Landgerichte zu Düsseldorf, als Handelsgericht, auf Ausantwortung in kurzer Frist der sämmtlichen Fässer in unversehrtem Zustande, mit Schadensersatz wegen der verzögerten Ablieferung, oder auf Bezahlung des Facturawerthes der Waare mit Zinsen vom Tage der Klage.

Das Handelsgericht fand in der eigenmächtigen Absendung der Fässer nach Amsterdam, obgleich es auch als eine zwischen den Parteien feststehende Thatsache annimmt, daß die Waaren dem Verklagten Schröder bis zur fernern Disposition zur Aufbewahrung übergeben gewesen, dennoch eine negotiorum gestio utilis für die Kläger, weil die frühern Waaren ebenfalls über Amsterdam versandt worden, und der spätere Auftrag vom 5. März die Unterstellung des Schröder bestätigt habe, es nicht Bedingung gewesen, die Waaren eben in Düsseldorf lagern zu lassen; Schröder, wenn die Versendung nach Amsterdam sich der spätern Bestimmung entgegen gezeigt hätte, nur für die dadurch verursachten Verzögerung und Kosten, nicht aber für jeden dabei durch Zufall eingetretenen Schaden zu haften verpflichtet erscheine. Hiernach wurde dem Verkagten rücksichtlich der vier Fässer, welche auf dem Rheine nicht zu assekuriren waren, nur der Beweis der zur Conservation derselben nach dem Unfalle aufgewendeten Sorgfalt aufgegeben.

In Ansehung der übrigen drei Fässer nahm dagegen das Handelsgericht an, daß deren Versicherung durch die Schuld des Verklagten unterblieben, und er daher für den eingetretenen Unfall einzustehen, und entweder die Waaren unbeschädigt, unter Leistung des Schadensersatzes für die Verzögerung, auszuantworten, oder den Facturapreis zu erstatten habe.

In Folge der von Klägern gegen dieses Urtheil ergriffenen Hauptberufung und der von dem Verklagten dagegen eingewandten Incidentberufung, erließ der A. G. H. folgendes

Urtheil:

J. E., auf die Hauptberufung, daß der Auftrag der Hauptappellaten Schröder, im Allgemeinen dahin gerichtet war, die ihnen anvertrauten Waaren weiter zu versenden, daß, wenn dieselben demgemäß am Tage vor dem ihnen ertheilten Auftrage, die Waaren nach Holland als ihrem Bestimmungsort versandt haben, eine nützliche Geschäftsführung

vorliegt, ohne eine gegen einen bestimmten Auftrag gerichtete Handlungsweise, daß diesemnach die Gefahr der Sache immerhin auf den Hauptappellanten gehaftet, und die Hauptappellaten für einen ohne ihr Verschulden eingetretenen Zufall einzustehen nicht verpflichtet sind, daß in Absicht auf den Untergang aber feststeht, daß die Hauptappellaten die Waaren einem gewöhnlichen Beurtschiffer übergeben haben, sohin ein Verschulden von ihrer Seite ebenwenig anzunehmen ist;

J. E., auf die Incidentberufung, daß die Hauptappellaten mit den betreffenden 3 Kollis Waaren in gleicher Weise verfahren, daß auch in dieser Beziehung dieselben nach dem vermuthlichen Willen der Hauptappellanten gehandelt haben, daß ein Auftrag, die Waaren zu versichern, erst am 30. März ertheilt worden, mithin den Hauptappellaten ein am 4. März zugeflossener Unfall ebenwenig aufgebürdet werden kann;

Daß sohin die Unterscheidung der ersten Richter jedes rechtlichen Grundes entbehrt und in Bezug auf jene Kollis auf dieselbe Beweisführung zu erkennen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Hauptberufung gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 28. August 1847, als Handelsgericht fungirend, reformirt dasselbe auf die Inzidentberufung, hebt die ausgesprochene Verurtheilung der Hauptappellaten Schröder auf und dehnt den in dem angegriffenen Urtheile denselben auferlegten Beweis auch auf die Güter sub Nro. 97, 98 und 99 aus, verurtheilt die Hauptappellanten in die Geldbuße und in die Kosten dieser Instanz, verweiset die Parteien zur weitern Verhandlung und Entscheidung auch in Beziehung auf die Kosten erster Instanz vor den ersten Richter zurück.*)

II. Senat. Sitzung vom 17. Juni 1848.

Advokaten: Seligmann — Herbertz.

*) Das Urtheil erster Instanz möchte wohl Widersprüche in sich tragen; denn war, wie solches als ausgemacht annimmt, der Auftrag dahin ertheilt, die Waaren bis zur Disposition auf dem Lager zu halten, so konnte die eigenmächtige Versendung derselben nach Amsterdam eine negotiorum gestio utilis nicht genannt werden, eben weil sie mit dem Mandat unvereinbar ist, und daher gegen den Willen des Eigenthümers angeht. Nach Art. 1371 des B. G. B. muß die Gestion eine freiwillige seyn,



Minderjährige. — Vertretung. — Gegenvormund. — Hauptvormund. — Vertrag. — Relative Unfähigkeit.

Der Gegenvormund ist nicht befugt, in Vertretung der Minderjährigen mit dem Hauptvormunde Verträge abzuschließen. Aus einem so abgeschlossenen Vertrage erwerben dennoch die Minderjährigen Rechte zufolge ihrer relativen Unfähigkeit zu contrahiren.
Art. 420, 450, 1125 des B. G. B.

---

diese ist aber in dem Kreise des Mandats ausgeschlossen, indem dort die contractliche Verpflichtung eintritt; und zufolge der Art. 1996 und 1998 l. c. verpflichten die das Mandat überschreitenden Handlungen des Mandatars den Mandanten nicht, daher auch nicht ex negotiorum gestione, weil sie dem Mandat entgegen geben. So auch das röm. Recht l. 3. § ult. l. 4. L. 5 pr. l. 33. D mand. l. ult. cod. de neg. gest. — Voet. comm tit. mand. Nro. 11. — Hätten aber die Parteien auch ein Lager zu Amsterdam angenommen, (was keine behauptet hat) so wäre die Versendung dorthin intra fines mandati geschehen und um so gewisser eine Gestio nicht vorhanden gewesen. War ferner eine wirkliche Gestio utilis vorhanden, dann konnte Schröder für den Fall der irrigen Versendung deren Kosten so wenig zu tragen haben, als verurtheilt werden, den Facturapreis der drei Fässer, welche auf dem Rheine zu assecuriren gewesen wären, zu ersetzen, indem diese wie jene Verbindlichkeit nur Folge einer fehlerhaften Gestion sein können. Ganz consequent hat dieses auch das Appellationsurtheil als Folgerung aus dem nämlichen Vordersatze auf die Incidentberufung des Schröder angenommen.

Es fragt sich nun, in welcher Art im Urtheile zweiter Instanz dieser Vordersatz begründet worden.

Es nimmt an, Schröder sey im Allgemeinen beauftragt gewesen, die ihm von Gebrüdern Humk zugesandt werdenden Waaren weiter zu senden, und weil er nun von diesem Auftrage ausgehend, bei der eigenmächtig vorgenommenen Versendung der hier fraglichen Waaren zufällig den später bezeichneten Bestimmungsort derselben richtig getroffen, so liege hierin eine Gestio utilis. So im ersten Erwägungsgrunde über die Hauptberufung. Im zweiten über die Incidentberufung in Betreff der drei Fässer, welche auf dem Rheine hätten assecurirt werden sollen, erfolgt jedoch, wie es scheint, eine andere Annahme, die des mandati taciti, indem die Versendung nach dem vermuthlichen Willen der Eigenthümer vorgenommen worden. Nebeneinander können wohl beide Erwägungsgründe nicht bestehen. Aber bleiben wir bei dem ersten. Ein allgemeiner Auftrag, zugesandte Waaren weiter zu senden, ist keiner, so lange die Bestimmung des Ortes, wohin die einzelne Waare

Rathskammer-Sache.

Minderjährige Miebach.

Peter Miebach zu Engelskirchen hatte in zwei Ehen gestanden. Aus beiden hinterließ er Kinder, aus der letzten minderjährige. Sowohl die Erbschaft des Miebach als die in zweiter Ehe bestandene Gütergemeinschaft waren noch ungetheilt, und nach dem bei dem Absterben desselben aufgenommenen Inventar hatte die hinterlassene Wittwe eine Ersatzforderung von 754 Thlr. wegen während der Ehe verkaufter Illaten. Zur Vermeidung einer Theilung und der damit verbundenen Kosten kaufte letztere die Erbrechte der beiden Kinder erster Ehe an den Erbschaften ihrer Eltern für 230 Thlr. durch Notarial-Act vom 2. September 1845. Da indeß dieser Kaufschilling am 1. September 1847 mit Zinsen abgetragen werden mußte, so suchte diese Wittwe als Hauptvormünderin ihrer Kinder bei dem Familienrath die Ermächtigung nach, für die zur Zahlung des Kaufpreises zu entleihende Summe die nun ihr mit ihren Kindern gemeinschaftlich gewordenen Immobilien zur Sicherheit stellen zu dürfen. Von dem Familienrathe wurde diese Ermächtigung unter dem 17. Juli 1847 ertheilt in Betracht, daß die Reprisenforderung der Mutter den Werth des Antheils der Minderjährigen an den Immobilien des Vaters übersteige, daher eine Verletzung derselben nicht denkbar sey, und durch den Ankauf eines Theils die Nachtheile einer Theilung vermieden, und von der andern Seite, bei der guten Gesinnung der Ankäuferin

---

geben soll, nicht hinzugekommen ist; bis dahin erscheint er nur als ein solcher, dieselben einstweilen auf dem Lager zu behalten.

In der Wirklichkeit hat also der A. G. H., gleich dem Handelsgerichte, factisch unterstellt, ein Mandat zur Weitersendung der Waaren sey für Schröder erst durch die von Gebrüdern Humk geschehene Bezeichnung des Ortes ihrer Bestimmung entstanden; was sich auch ganz überzeugend aus dem Umstande ergibt, daß dem Urtheile nach oben in der Absendung die Gestio utilis gefunden wird. Hatte nun aber Schröder nur den Auftrag, die Waaren bis zur erfolgten Disposition auf dem Lager zu halten, so ging, wie schon oben gesagt worden, jede eigenmächtige Versendung über das Mandat hinaus, und eben deswegen gegen dasselbe, konnte aus gleichem Grunde eine nützliche Geschäftsführung nicht seyn, mußte vielmehr den Versender für jede nachtheilige Folge der Handlung verantwortlich machen.

den Minderjährigen der ganze Bestand der Grundstücke gesichert werde. Das Landgericht theilte jedoch diese Ansicht nicht, verweigerte vielmehr durch seinen Rathskammerbeschluß vom 27. August 1847 die Homologation des Familienrathsbeschlusses, weil die Forderung der Mutter noch nicht feststehe, es sich von einer den Minderjährigen fremden Schuld handele, und die Gesinnung der Mutter sich mit jedem Tage ändern könne.

Um nun die Schuld zur eigenen der Kinder zu machen, und ihnen unwiderruflich den Vortheil aus dem Auskaufe der Erbrechte der Kinder erster Ehe zuzuwenden, übertrug die Wittwe Miebach durch Notarial-Act vom 21. Februar 1848 ihren Kindern, vertreten durch ihren Gegenvormund, diese Erbrechte käuflich für den nämlichen Preis und wies sie an, denselben den beiden Kindern erster Ehe nach der für sie aus dem andern Kaufacte bestehenden Verpflichtung zu erlegen. Dieser Verbindlichkeit nachkommen zu können, extrahirte die Vormünderin eine anderweite Ermächtigung des Familienraths, zur Entleihung von 230 Thlr. für die Minderjährigen und zur Verpfändung der ihnen nunmehr ganz zugehörigen Grundstücke der Erbschaft. Diese wurde ihr auch unter dem 28. Februar gewährt, von dem Landgerichte aber deren Genehmigung mittelst Rathskammer-Beschluß vom 11. April jüngst wieder versagt, weil der Gegenvormund keine Qualität habe, lästige Verträge Namens der Minderjährigen abzuschließen, und diese durch solche zu verpflichten, daher denn auch durch den Kaufvertrag vom 21. Februar auf die Minderjährigen Miebach Rechte nicht übergegangen seyen.

Auf die Berufung der Vormünderin von dieser Entscheidung hat der A. G. H. durch Beschluß vom 27. Juli denjenigen des Landgerichts vom 11. April abgeändert und die Aufnahme des Capitals sowohl als die Verpfändung der Immobilien der Minderjährigen zu dessen Sicherheit gestattet, aus folgenden Gründen:

J. E., daß die Minorennen durch den Kaufact vom 21. Februar 1848 die ihnen übertragenen Erbrechte ihrer Stiefgeschwister gültig erwerben konnten, indem ihre Unfähigkeit zu contrahiren nur eine relative ist, auf welche sich ihnen gegenüber ihre Mitcontrahentin nach Art. 1125 des B. G. B. nicht berufen kann;

Daß der fragliche Kauf auch als ein für die Minderjährigen vortheilhaftes Geschäft zu betrachten ist, theils weil dadurch die widrigenfalls unvermeidlichen Weiterungen eines Theilungsprozesses umgangen werden, theils weil nach dem Vermögensverzeichniß vom 21. August 1845 außer der Mutter und Hauptvormünderin der Minorennen keine Gläubiger vorhanden sind, deren Forderungen die Immobilar-Masse belasten und die Hauptvormünderin zur Vereitelung der den Minorennen zugedachten resp. durch den Verkauf zugewandten Vortheile ihnen gegenüber jedenfalls ihre Reprisenforderung nicht würde geltend machen können.

Aus diesen Gründen

ertheilt der ꝛc. Hof, unter Abänderung des Rathskammer-Beschlusses des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 11. April 1848, dem Familienrathsbeschlusse vom 28. Februar 1848, welcher die Wittwe Miebach ermächtigt, für die Minorennen Joseph, Henriette und Johann Miebach ein Capital von 230 Thlr. zur Bezahlung des den Minorennen zu Last stehenden Kaufpreises aus dem Acte von Notar Roffers in Ründerath vom 21. Februar 1848 aufzunehmen und dafür das Immobilar der Minorennen zu verpfänden, — die gerichtliche Homologation, und admittirt zugleich die Impetrantin zum Armenrecht zum Zweck, eine kosten- und stempelfreie Ausfertigung des gegenwärtigen Beschlusses sich ertheilen zu lassen.

Gütergemeinschaft. — Verkauf eines in die Ehe eingebrachten ideellen Guts-Antheils.

Der für den ideellen Antheil des Ehemannes an einem zwischen ihm und seinen Geschwistern noch ungetheilten Erbgute bei dessen Verkauf an Letztere erzielte Kaufpreis gehört zum Sondergut des Mannes, und ist daher, sofern er in die Gütergemeinschaft geflossen, dem persönlichen Vermögen desselben zu ersetzen.

Metzen — Wittwe Kohl.

Heinrich Kohl inferirte in seine Ehe mit Margaretha Adams die ihm zustehende ideelle Hälfte eines von seinen

Eltern herrührenden und zwischen ihm und seiner Schwester Margaretha Kohl, Ehefrau Metzen, noch ungetheilten Hauses; er verkaufte dieselbe indessen noch während jener Ehe an Letztere.

Nach dem Tode des Heinrich Kohl wurde bei Gelegenheit der auf deßfallsige Klage der genannten Eheleute Metzen eingeleiteten Theilungsverhandlungen über dessen Nachlaß von Seiten der klagenden Eheleute Metzen der zwischen dem Erblasser und der verklagten Wittwe Kohl bestandenen ehelichen Gütergemeinschaft gegenüber die Herausgabe von 250 Thlr. als Betrag des Kaufpreises, welcher für die qu. Haushälfte an den Erblasser bezahlt worden, und in die Gütergemeinschaft geflossen sey, zum Vortheile der persönlichen Vermögensmasse des Erblassers beansprucht, während von Seiten der verklagten Wittwe Kohl dieser Anspruch auf Grund der Rechtsfiction des Art. 883 des B. G. B. bestritten wurde. Indem das Kgl. Landgericht zu Koblenz in seinem Urtheile vom 22. Juli 1847 der letzteren Ausführung beipflichtete, wies es den klägerischen Anspruch als unbegründet zurück.

In der durch die Berufung von Seiten der klägerischen Eheleute Metzen eröffneten Appellationsinstanz wurde gegenüber der wiederholten Bezugnahme der Appellatin auf die in dem Art. 883 des B. G. B. ausgesprochenen Rechtsfiction, zur Rechtfertigung der Berufung ausgeführt, daß der Art. 883 des B. G. B. allerdings eine Rechtsfiction aufstelle, aber gerade deßwegen auch nicht über den Zweck dieser Fiction hinaus zur Anwendung kommen könne. Die Fiction des Art. 883 beabsichtige aber nichts weiter, als, zur Sicherung der Gleichstellung unter mehreren Miterben, zu verhüten, daß durch Verfügungen eines der Miterben über ein gemeinschaftliches Erbgut, dasselbe zum Nachtheil der übrigen Miterben belastet werde. Daher könne die Fiction des Art. 883 nur von einem Miterben seinem Miterben gegenüber angerufen werden, und schon aus diesem Grunde die Appellatin nicht berechtigt seyn, die Bestimmung des genannten Artikels auch zu ihren Gunsten in Anspruch zu nehmen. Ueberdies könne aber auch diese Vorschrift nameutlich auf die güterrechtlichen Verhältnisse unter Ehegatten um so weniger Anwendung finden, als dadurch den Eheleuten ein Mittel an die Hand gegeben würde, alle gesetzlichen Schenkungsverbote unter Ehegatten völlig illusorisch zu machen.

Nachdem noch von den Appellanten über die bestrittene Höhe des für die qu. Haushälfte gezahlten Kaufpreises der geeignete Beweis erboten worden war, trat der Rh. A. G. H. den Ausführungen des appellantischen Anwalts in folgendem Urtheile bei:

J. E., daß der Art. 883 des B. G. B. das Rechtsverhältniß unter Miterben betrifft, mithin die dort festgesetzte Rechtsfiction auf das Verhältniß zu dritten Personen, namentlich die Güterrechte der Ehegatten nicht ausgedehnt werden kann;

Daß vielmehr in Ansehung der letzteren der allgemeine Grundsatz der Art. 1404 und 1433 des B. G. B. auch auf diejenigen Immobilien zu beziehen ist, welche nach erfolgtem Erbanfalle selbst an Miterben veräußert sind;

Daß daher der erste Richter den Anspruch der Appellanten mit Unrecht durch die Rechtsfiction des Art. 883 des B. G. B. beseitigt hat;

Daß vielmehr, da über das Quantum des der Gütergemeinschaft bei diesem Punkte zugeflossenen Vortheils ein vollständiger Beweis noch nicht vorliegt, der Subsidiarantrag auf Zulassung dieses Beweises begründet erscheint.

II. Senat. Sitzung vom 23. Juni 1848.

Advokaten: Longard — Seligmann.

Die Actio Publiciana ist auch nach französischem Rechte zuläſſig.*)

Jaeger — Schulte.

Am 10. Dezember 1845 verkaufte die Wittwe Uellner zu Wiehl durch notariellen Act ein Wohnhaus an die Wittwe Jaeger unter Vorbehalt der lebenslänglichen Nutznießung. Nach ihrem am 26. März 1847 erfolgten Tode belangte die

---

*) **Ebenso:**
Zachariä, I. 500. Pothier, Tr. de la propriété p. 277 N°. 292 ff. Troplong, vente N°. 235. prescription N°. 230. Duranton IV. 233. XVI. 21. Rh. Archiv, VIII. 1. 218.
Dagegen:
Rh. Archiv, XXV. 1. 40.

Käuferin den in dem Hause wohnenden Bruder der Verkäuferin, Heinrich Schulte, auf Räumung, welcher der Klage entgegensetzte, daß er selbst Eigenthümer sey. Die Klägerin artikulirte, daß die Wittwe Uellner das streitige Haus neu gebaut, die Kosten des Baues selbst bezahlt und das Haus anfangs allein bewohnt; daß sie erst später ihren Bruder, nachdem derselbe erblindet und seinen Unterhalt zu erwerben nicht mehr im Stande war, bei sich aufgenommen und verpflegt habe, und daß dieselbe das bezeichnete Haus bis zu ihrem Tode bewohnt, die nöthigen Reparaturen auf ihre Kosten vorgenommen uud die Steuern entrichtet habe. Sie beantragte subsidiarisch zum Beweise dieser Thatsachen zugelassen zu werden.

Das Kgl. Landgericht zu Köln erwog, daß Klägerin den Beweis des Eigenthums ihrer Rechtsvorgängerin nicht erbracht oder erboten habe, daß ein Klagerecht zum Schutze des bessern Besitzes, wie das römische Recht es kenne, gegenwärtig nicht gegeben sey, und wies die Klage als ungegründet ab.

Zur Begründung der gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung führte die Klägerin an, daß das B. G. B. eine Aufzeichnung der sämmtlichen zulässigen Klagen nicht enthalte, also auch aus dem Grunde, weil eine Klage nicht ausdrücklich in dem Gesetze als zulässig aufgeführt sey, die Statthaftigkeit derselben nicht bestritten werden könne; daß man vielmehr den allgemeinen Grundsatz aufstellen müsse, daß jedes rechtliche, vom Gesetze anerkannte Verhältniß auch Schutz durch ein Klagerecht finden müsse; daß aber der Usucapionsbesitz ein solches rechtliches Verhältniß sey, und die zu dessen Schutz eingeführte Actio Publiciana um so mehr auch gegenwärtig noch für zulässig erachtet werden müsse, als sie durchaus der Billigkeit und dem natürlichen Rechte entspreche, als ferner auch im Röm. Rechte diese Klage nicht ein Ausfluß der positiven Gesetzgebung, sondern ein durch den Prätor in Anerkennung der natürlichen Billigkeit eingeführtes Rechtsmittel sey. — Ferner wurde noch behauptet, daß der Beklagte schon als Erbe seiner Schwester, Wittwe Uellner, den Act vom 10. Dezember 1843 anerkennen müsse, daß auch in erster Instanz in einem notificirten Antrage ausdrücklich articulirt worden, daß der Heinrich Schulte Erbe seiner Schwester sey;

daß diese Thatsache nicht bestritten worden und daher für zugegeben angenommen werden müsse. Subsidiarisch wurde hierüber, sowie über die andern in erster Instanz bereits artikulirten Thatsachen der Beweis erboten.

Der Hof erließ folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Appellat, sofern er Erbe der Wittwe Uellner geworden, in dieser Eigenschaft die Verbindlichkeiten derseben zu erfüllen und der Appellantin für das von Ersterer der Letzteren übertragene Eigenthum des in Frage stehenden Hauses gesetzlich Gewähr zu leisten hat, mithin aus diesem Grunde rechtlich gehindert ist, der Appellantin dieses Eigenthum selbst streitig zu machen;

Daß zwar bereits in erster Instanz in der, dem appellatischen Anwalte unterm 18. August v. J. zugestellten Schrift nebenbei angegeben worden, daß der Appellat Erbe der Wittwe Uellner sey, aus dem bloßen Mangel eines hiergegen ausdrücklich erklärten Widerspruchs jedoch ein Zugeständniß dieser Thatsache nicht zu entnehmen ist, und es deßhalb auf den dieserhalb subsidiarisch erbotenen Beweis ankommt;

J. E., daß die Wittwe Uellner das besagte Haus mittelst Notarialvertrages vom 10. Dezember 1845 an die Appellantin verkauft und sich die Nutznießung an demselben auf Lebenszeit vorbehalten hat;

Daß, wenn sich die Erstere vor diesem Zeitpunkte bereits in dem Besitze des Hauses befunden, sie denselben von da an auf den Namen der Appellantin fortgesetzt haben und Letztere sonach bei dem Vorhandensein eines rechtmäßigen Titels und da die für den guten Glauben streitende Vermuthung nicht ausgeräumt worden, sich in der rechtlichen Lage befinden würde, das Eigenthum des Hauses mittelst Ersitzung nach Ablauf von zehn Jahren zu erwerben, im Falle die Wittwe Uellner selbst nicht die Eigenthümerin gewesen;

Daß die in den römischen Gesetzen begründete publicianische Klage demjenigen gegeben ist, welcher sich im Usucapionsbesitze befunden hat, den strengen Beweis des Eigenthumes seines Autors zu führen aber außer Stande ist, und er sich derselben gegen Jeden zu bedienen hat, der die Sache mit schwächerm Rechte besitzt; — daß die Gestattung dieses Rechtsmittels auf Rücksichten der Billigkeit und auf

einer dieser entsprechenden Würdigung der jedesmal obwaltenden Verhältnisse beruht, daß diese Gründe auch gegenwärtig in ungeschwächter Kraft bestehen und die Zulässigkeit ihrer Berücksichtigung durch keine Verfügung der gegenwärtigen Gesetzgebung ausgeschossen ist, vielmehr mit dem Geiste derselben vereinbarlich erscheint, und sonach die Klage auch noch dermalen für statthaft erachtet werden muß;

Daß seitens des Appellaten aber nicht nachgegeben ist, daß die Wittwe Uellner das Haus vor dem 10. Dezember 1845 überhaupt und nach diesem Zeitpunkte als Nutznießerin besessen habe, er vielmehr behauptet, sich vor und nach diesem Zeitpunkte in dem Eigenthumsbesitze selbst befunden zu haben; daß die hiernach über den Besitzstand der Appellantin und deren Rechtsvorgängerin bestehende Ungewißheit durch den von der Appellantin subsidiarisch ferner erbotenen und hierzu geeigneten Beweis annoch ausgeräumt und ihr derselbe aufgegeben werden muß; daß es dieser Beweisführung zwar erst dann bedürfen würde, wenn der Nachweis, daß der Appellat Erbe der Wittwe Uellner sey, in genügender Weise nicht erbracht werden möchte, es jedoch angemessen erscheint, den einen und den andern Beweis gleichzeitig aufzugeben;

Aus diesen Gründen

läßt der Kgl. Rh. A. G. H. vor definitiver Entscheidung der Sache die Appellantin zu dem durch Schriften und Zeugen zu führenden Beweise darüber zu:

1) daß der Appellat Erbe seiner Schwester, der Maria Elisabeth Schulte, Wittwe Uellner, geworden sey;

2) wie oben artikulirt worden.

III. Senat. Sitzung vom 5. Juli 1848.

Advokaten: Nacken — Mauß.

Anonyme Gesellschaft. — Direction. — Interessent. — (Actien-Inhaber.) — Brandentschädigungsgelder. — Vergleich. — Bücher, Scripturen.

Die Direction einer in Liquidation begriffenen anonymen Feuerassecuranz-Gesellschaft, welche sich durch Vergleich verbindlich gemacht, einem

Versicherten eine Brandentschädigungssumme sobald zu bezahlen, als Gelder hierzu eingegangen seyn würden, kann sich darauf nicht mehr berufen, daß ihm als bloßen Interessenten überhaupt das Recht der Einsicht der Bücher und Scripturen der Gesellschaft nicht zustehe. Sie hat alsdann vielmehr durch diese zu beweisen, daß Fonds noch nicht vorhanden sind.

Fauerbach — Rheinisch-Preußische Feuer-Versicherungs-Gesellschaft.

Wilhelm Fauerbach zu Hanau hatte seine Gebäude bei der, gegenwärtig in der Liquidation begriffenen, rheinisch-preußischen Feuer-Versicherungs-Gesellschaft assecurirt. An diesen ergab sich ein Brandunglück, dessen Nachtheil auf 4338 Thlr. liquidirt wurde. Im Mai 1846 schloß man über diese Forderung einen Vergleich, worin dieselbe auf 3500 Thlr. herabgesetzt ward, die Gesellschaft sich aber zugleich verpflichtete, diese Summe ungekürzt alsbald an den Masse-Curator Pfadt (Fauerbach war inzwischen in Concurs gerathen) oder dessen Rechtsnachfolger einzuzahlen, nachdem der Nachschuß für das Jahr 1845 von den betreffenden Interessenten der Gesellschaft zur Erhebung gekommen seyn oder durch Eingang sonstiger Geldmittel sie sich zur Zahlung obigen Betrages in den Stand gesetzt finden werde. Auch machte sich die Gesellschaft zur Zahlung der ursprünglichen Forderung von 4338 Thlr. für den Fall verbindlich, wo sie der erstern nicht nachkommen würde.

Unter dem 6. September 1847 schritt der Curator der Fauerbach'schen Concursmasse bei dem Landgerichte zu Düsseldorf gegen die Gesellschaft zur Klage, aus dem gedachten Vergleiche die Summe von 3500 Thlr. fordernd. Von der Verklagten wurde hier die Einrede der Voreiligkeit der Klage entgegengesetzt, indem die zur Befriedigung des Klägers erforderlichen Geldmittel noch nicht eingegangen seyen. Diese zu beseitigen, stellte der Letztere nunmehr einen Incident-Antrag dahin: die Verklagte anzuhalten, eine vollständige mit den gehörigen Belägen versehene Nachweise über die für das Jahr 1845 zur Erhebung gekommenen Beträge aufzustellen und mitzutheilen. Diese bestritt aber die Verpflichtung hierzu aus dem Grunde, daß der Interessent in einer anonymen Gesellschaft die Befugniß nicht habe, von der Direction, von

der moralischen Person, welche allein die Gesellschaft repräsentire, die Vorlage und Einsicht der Bücher und Rechnungen zu verlangen. Diese Ansicht annehmend, wies das Landgericht zu Düsseldorf durch Urtheil vom 12. Februar d. J. den Incidentantrag als ungegründet ab.

In Appellatorio, wohin die Sache durch die Berufung der Concursmasse gedieben war, stellte diese den Hauptantrag auf sofortige Verurtheilung der Gesellschaft zu der eingeklagten Summe, subsidiarisch wiederholte sie den in erster Instanz abgewiesenen Incidentantrag. Von der Appellatin wurde auf Verwerfung der Berufung angetragen.

Urtheil:

J. E., daß seit dem Vergleiche bis zum Tage der Klage eine geraume Zeit verflossen war, und der Anspruch des Appellanten nur durch den Beweis beseitigt werden kann, daß auch an jenem Tage die geforderte Summe in der Kasse der Appellatin noch nicht vorhanden war;

Daß dieser Beweis der Letzteren obliegt und derselbe nur unter Vorlegung der Bücher und Scripturen geführt werden kann, daß hierbei die Frage, ob die Appellatin zur Offenlegung ihrer Bücher einem Versicherten gegenüber verpflichtet sey, nicht in Betracht kommt, weil dieselbe sich durch den Vertrag vom 5. Mai 1846 in eine Lage versetzt hat, welche ihr nicht gestattet, dem Incidentantrage des Appellanten zu widersprechen, daß diesemnach der erste Richter den Letzteren durch Abweisung desselben beschwert hat, der Hauptantrag aber noch nicht zur Entscheidung vorbereitet ist;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 12. Februar 1848, erklärt die Appellatin für schuldig unter Vorlegung der Bücher und Scripturen eine vollständige mit Belägen versehene Nachweise über die für das Jahr 1845 und seitdem zur Erhebung gekommenen Beträge aufzustellen und mitzutheilen, verweist zu dem Ende die Parteien zur weitern Verhandlung in die erste Instanz, verurtheilt die Appellatin in die sämmtlichen Kosten beider Instanzen dieses Incidentpunktes und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Geldbuße.

II. Senat. Sitzung vom 8. Juni 1848.

Advokaten: Forst — Herbertz.

Divisio parentum inter liberos. — Form. — Unterschrift. — Handzeichen. — Kaufvertrag. — Alimentation. — Kaufpreis. — Vertheilung. — Verletzung über ein Viertel. — Ueberschreitung der verfügbaren Quote.

Ein zwischen Eltern und Sohn über ein Gut abgeschlossener Kaufvertrag, worin die Alimentation der Erstern und nebstdem ein unter sämmtliche Kinder zu vertheilender baarer Kaufpreis stipulirt wird, ist nur bezüglich der Theilungsverfügungen, nicht aber des Kaufgeschäftes an sich, eine divisio parentum inter liberos. Wird daher dieses zu dem Zwecke als unrechtbeständig angegriffen, jene zu vernichten, so muß die Klage abgewiesen werden. — Ein solcher Vertrag fällt indeß unter den Art. 918 des B. G. B., insofern in der Alimentation die Hauptleistung des Sohnes besteht, jedoch nur dann, wenn die Miterben durch Annahme ihres Kaufpreisantheils ihre Zustimmung zu demselben nicht gegeben. — Die Erklärung in einem notariellen Act, nicht schreiben zu können, umfaßt das Nichtverstehen.*)

Heesen — Heesen.

Die Agnes Heesen, Wittwe Bergmann, klagt gegen ihre Geschwister, Heinrich und Catharina Heesen, auf Theilung des Vermögens ihrer Eltern, der Eheleute Gerhard Heesen und Jltgen Peters, insbesondere des gegenwärtig von Heinrich Heesen besessenen Heesenkothens. Dieser beantragt aber die Abweisung der Klage, insofern sie dieses Grundstück zum Gegenstande hat, indem ihm derselbe durch notariellen Act vom 25. März 1829 von den Eltern verkauft und übertragen worden sey. Diesen Act will indeß die Klägerin nicht gelten lassen; sie greift ihn als formell und materiell nicht zu Rechte bestehend an. Das Landgericht zu Düsseldorf hielt jedoch deren Behauptungen für ungegründet und wies demnach durch Urtheil vom 24. Februar

*) Vergl. die Urtheile, Arch. 42. 1. 126. — 38. 1. 181. — 36. 1. 266. — 34. 1. 167. — 33. 1. 161.

1847 die Theilungsklage, insoweit sie den Heesenkothen betraf, als ungegründet ab.

Zur Begründung der von der Klägerin gegen dieses Urtheil ergriffenen Berufung und zur Rechtfertigung der bereits in erster Instanz aufgestellten Behauptung der formellen und materiellen Richtigkeit des Actes vom 25. März 1829 wurde Folgendes von ihr aufgestellt: 1) er sey nichtig wegen Nichtbeobachtung der Vorschriften der Notariatsordnung vom 25. April 1822, in den Art. 28 und 29, weil darin die Angabe blos enthalten sey, daß die Ehefrau Heesen, da sie nicht schreiben könne, ihr Handzeichen beigefügt habe, indem das Gesetz ausdrücklich die Erwähnung verlange, ob der Mangel der Unterschrift in der Unerfahrenheit im Schreiben oder in einem andern Umstande seinen Grund habe; 2) derselbe sey seinem Zwecke und Inhalte nach eine divisio parentum inter liberos, weil der Kaufpreis unter die Kinder der Eheleute Heesen vertheilt werden sollte, und daher formell nichtig durch die Nichtbeobachtung der im Art. 1076 des B. G. B. vorgeschriebenen Förmlichkeiten; 3) verstoße dieser Act aber auch gegen die materiellen Rechte der Parteien, namentlich a) gegen die Regel, daß die Antheile eines jeden Miterben eine möglichst gleiche Quantität von Immobilien und Mobilien in natura enthalten sollen, b) durch eine Verletzung der Appellantin über ein Viertel, c) jedenfalls durch Ueberschreitung der disponiblen Quote zu ihrem Nachtheile.

Für Heinrich Heesen wurde hierauf erwidert: ad 1) die Art. 28 und 29 der Notariatsordnung seyen im Acte beobachtet, denn in dem Ausdrucke: nicht unterschreiben zu können, sey derjenige, es nicht zu verstehen, enthalten; ad 2) der fragliche Act sey keine Theilung der Eltern unter ihre Kinder; wenn er aber auch eine solche in seinem Erfolge bewirke, so könne er eben sowohl, wie eine gewöhnliche Schenkung, gültig in die Form eines lästigen Vertrages gekleidet werden; ad 3) derselbe erscheine materiell als ein lästiger Vertrag, der unter Art. 853 des B. G. B. falle, und von welchem zudem nicht behauptet werde, daß er zur Zeit des Abschlusses einen indirecten Vortheil für den Appellaten enthalten habe. Wolle man ihn aber auch seinem Inhalte nach für eine elterliche Theilung ansehen, so sey die Klage auf dessen Aufhebung nach Maßgabe der Art. 1304 l. c. verjährt, da sie nicht innerhalb zehn Jahren, vom Tage des Actes ab gerechnet, angestellt worden

sey. Dann erscheine sie aber aus diesem Gesichtspunkte nicht weniger als ungegründet, weil nicht bewiesen, nicht einmal von der Gegnerin behauptet werde, daß diese als Miterbin durch den Act bei dem Abschlusse über ein Viertel verletzt worden, und die Klage wegen Ueberschreitung der verfügbaren Quote finde auf elterliche Theilungen keine Anwendung. Im äußersten Falle könne hier nur der Art. 918 des B. G. B. angerufen werden, aber auch dann bleibe der Act rechtsbeständig, weil die Appellantin eine Abschlagszahlung auf denselben in Empfang genommen habe, worüber ihr der Eid zugeschoben werde.

Von beiden Seiten wurden die ihren wechselseitigen Behauptungen entsprechenden Anträge und Beweiserbieten gestellt.

Urtheil:

J. E., daß die einzige Beschwerde, welche die Appellantin gegen das Urtheil der ersten Instanz vorgebracht hat, darin besteht, daß der in dem Vertrage vom 25. März 1829 dem Heinrich Heesen übertragene Heesenkothen und Accessorien von der Theilungsmasse ausgeschlossen worden sey;

Daß die Einrede der formellen Ungültigkeit des bezeichneten Actes, welche auf den Art. 29 der Notariatsordnung gestützt wird, ungegründet ist, weil die in der Urkunde enthaltene Angabe, daß die Ehefrau Heesen, weil sie nicht schreiben könne, ihr Handzeichen beigefügt habe, eine hinreichende Bezeichnung der Ursache, weshalb die Unterschrift nicht stattgefunden, enthält, indem sprachgebräuchlich das „nicht können" das „nicht verstehen" oder „nicht gelernt haben" umfaßt und die Beifügung des Handzeichens das „nicht unterschreiben können" offenbar in dem eben erwähnten Sinne bestimmt;

J. E., daß die Urkunde vom 25. März 1829, insofern darin dem Heinrich Heesen der Heesenkothen mit Accessorien für einen bestimmten Preis übertragen ist, ein Kaufgeschäft enthält, und daß dieses Geschäft, welches von keiner Zustimmung der Geschwister des Heinrich Heesen abhängig gemacht worden, den Charakter der Unwiderruflichkeit an sich trägt;

Daß zwar, wie die übrigen Bestimmungen des Actes zeigen, der erwähnte Verkauf an den Heinrich Heesen zu dem Zwecke

stattfand, um das Product desselben unter die Kinder der Eheleute Heesen zu vertheilen;

Daß aber die in dem Acte enthaltene Vertheilung des Kaufpreises und die übrigen Verfügungen der Eheleute Heesen, mit dem Kaufgeschäfte keineswegs in einem solchen Zusammenhange stehen, daß die Gültigkeit des Kaufgeschäftes in irgend einer Art, von der Gültigkeit der übrigen Verfügungen abhängig gemacht worden wäre, vielmehr der Verkauf an Heinrich Heesen, nach Inhalt der Urkunde überall als ein unwiderrufliches und unbedingtes Kaufgeschäft erscheint;

Daß hieraus und weil Kaufgeschäfte unter den Eltern und Kindern an sich erlaubt und gültig und sonst keine Gründe für die Ungültigkeit des Kaufgeschäftes vorgebracht sind, folgt, daß der Verkauf an Heinrich Heesen für rechtsbeständig erachtet werden muß;

Daß es unter diesen Umständen gar nicht darauf ankommt, ob die von dem Kaufgeschäfte getrennten Dispositionen gültig seyen, weil diese Verfügungen nicht selbstständig und namentlich nicht als eine Theilung der Eltern unter die Kinder enthaltend, sondern nur in soweit angegriffen sind, als aus deren Ungültigkeit auch die Ungültigkeit des Kaufgeschäftes deduzirt werden sollte;

Daß unter diesem Gesichtspunkte auch die Behauptung der Appellantin, daß sie durch die Theilung um ¼ verletzt sey, keine Bedeutung hat, weil diese Behauptung eben wieder darauf beruht, daß das Kaufgeschäft von der Theilung unzertrennlich sey;

Daß die Behauptung der Appellantin, daß der Verkauf an Heinrich Heesen auch um deswillen ungültig sey, weil es unstatthaft sey, einem einzigen Erben den ganzen Immobilarnachlaß zuzuwenden, schon aus dem Grunde für beseitigt zu erachten ist, weil, wie ausgeführt, der Verkauf an Heinrich Heesen ein selbstständiges, mit jeder letztwilligen Verfügung außer Zusammenhang stehendes Rechtsgeschäft ist;

Daß es unter diesen Umständen auch einer Prüfung der Frage nicht bedarf, ob eine Theilung der Eltern unter die Kinder gültig in ein Kaufgeschäft eingekleidet werden könne, und daß die auf den Art. 922 des B. G. B. in Subsidium gestützte Reduktionsklage durch keine geeigneten Beweismittel unterstützt ist;

J. E., daß dagegen der Verkauf an Heinrich Heesen, da der Preis wesentlich in Alimenten und nur nebenher in einer Geldsumme besteht, unter die Vorschrift des Art. 918 des B. G. B. fällt, und daß nach Vorschrift dieses Artikels, der Werth des vollen Eigenthums der verkauften Sachen auf den disponibeln Theil der Eheleute Heesen gerechnet und der Ueberschuß, wenn ein solcher vorhanden, in die Masse conferirt werden müßte;

Daß indessen die Anwendbarkeit des Art. 918 des B. G. B. ausgeschlossen seyn würde, wenn die Appellantin, mit dem Verkauf vom 25. März 1829 bekannt, einen Theil des ihr zugewiesenen Preises angenommen und dadurch den Verkauf genehmigt hätte;

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Rh. A. G. H., bevor er über die Berufung von dem Urtheil vom 24. Februar 1847 definitiv erkennt, die Appellantin schuldig, einen Eid dahin zu leisten, daß ihr nicht der Act vom 25. März 1829 gleich nach seinem Abschlusse mitgetheilt und bekannt geworden sey, und sie nicht selbst eine Abschlagszahlung auf den ihr in jenem Acte zugewiesenen Antheil am Kaufpreise erhalten habe.

II. Senat. Sitzung vom 7. Juli 1848.

Advokaten: Lautz — Herbertz.

Sühne-Versuch. — Ergänzungs-Friedensrichter. — Stellvertretender Friedensrichter.

Zur Abhaltung des Sühne-Versuchs im Verhinderungsfalle des Friedensrichters ist ebensowohl der stellvertretende benachbarte Friedensrichter als der Ergänzungsrichter befugt.

Verordn. des Justiz-Minist. vom 15. November 1822.

Douqué — Stephani.

Bei gesetzlicher Verhinderung des Friedensrichters von Perl ließ der Handelsmann Douqué seinen Gegner Stephani Behufs Abhaltung eines Sühneversuches vor den „gesetzlichen

Stellvertreter" des Friedensrichters laden, und zugleich den Ergänzungsrichter durch Gerichtsvollzieher-Act auffordern, die Sitzung zu halten. In der Sitzung erschien aber der benachbarte, sonst ein für allemal zur Stellvertretung des Richters von Perl verordnete Friedensrichter von Saarburg, welcher über die wechselseitigen Erklärungen der Parteien Protokoll aufnahm.

Der hierauf beim Kgl. Landgerichte zu Trier anhängig gemachten Klage wurde zunächst entgegengesetzt, daß der Sühneversuch vor dem incompetenten Richter, also in ungültiger Weise vorgenommen worden.

Das Kgl. Landgericht gab dieser Einrede statt, und zwar aus folgenden Gründen:

I. E., soviel die der Klage entgegengestellte Unannehmbarkeits-Einrede anbelangt, daß nach Art. 3. I. der Justizministerial-Verfügung vom 15. November 1822 im Falle der Verhinderung des Friedensrichters, der Sühneversuch vor dem Ergänzungsrichter statt haben soll und der Art. 6 ibid. noch besonders die stellvertretenden benachbarten Friedensrichter von dieser Funktion implicite ausschließt;

Daß diese Verordnung als ein Ausfluß der Kgl. Kabinetsordre vom 19. November 1818 erscheint, mithin Gesetzeskraft hat, übrigens aber auch durch dieselbe der frühere Rechtszustand in Betreff des Punktes qu. nicht abgeändert worden ist; (vergleiche die Gesetze vom 29. Ventose Jahres IX. und 16. Ventose Jahres XII. der Republik);

Daß in gegenwärtiger von dem vorgängigen Sühneversuche unbestrittenermaßen nicht dispensirten Sache derselbe nicht, jener Verordnung entsprechend, vor dem Ergänzungs- sondern vielmehr vor dem stellvertretenden Friedensrichter unterm 23. November 1845 stattgefunden hat, und folgeweise als nichtig und nicht geschehen zu erachten ist;

Daß zwar die Ladung vor das Vergleichsamt vom 4. October 1845 vor den gesetzlichen Stellvertreter des Requisiten erfolgt ist, und überdies auch der wirkliche competente Ergänzungsrichter noch besonders durch Gerichtsvollziehersact vom 21. November 1845 ersucht worden ist, in der Sitzung vom 25. November ejusd. zur Vornahme des Sühneversuches sich einzufinden;

Daß aber diese Schritte den in der Folge vor dem unzuständigen Richter dennoch stattgehabten Vergleichsversuch nicht zu einem gültigen Acte erheben, überdies aber auch Kläger durch ihren Bevollmächtigten vor dem stellvertretenden Friedensrichter erschienen sind und verhandelt haben, ohne des Mangels der Qualität auf Seiten desselben irgend wie Erwähnung zu thun;

Daß nach allem diesem die Klage sich als unannehmbar zu erkennen gibt und auf die Würdigung der Hauptsache nicht eingegangen werden kann.

Auf die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung erkannte der Appellationshof in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums reformatorisch, daß allerdings der Sühneversuch in gültiger Weise abgehalten worden.

Er erwog hierbei, daß das in Folge der Kabinetsordre vom 19. November 1818 erlassene Rescript des Justizministers vom 15. November 1822, wodurch das Institut der Ergänzungsrichter bei Friedensgerichten zwar beibehalten, gleichwohl betreff ihrer Competenz auf die im Art. 3 bezeichneten Funktionen beschränkt worden ist, die Ergänzungsrichter nicht ausschließlich zu den bezeichneten Funktionen insbesondere zur Abhaltung des Vergleichsversuchs ermächtigt;

Daß vielmehr durch eben jenes Rescript zugleich eine Stellvertretung des Friedensrichters durch den benachbarten Friedensrichter bei vorkommenden Hindernissen eingeführt worden und der Umstand, daß im Art. 6 hierbei vorzugsweise und ausdrücklich für die Vertretung in den der Competenz des Ergänzungsrichters entzogenen Amtsfunktionen Vorsorge getroffen worden, nicht die Deutung zuläßt, als ob der gesetzliche Stellvertreter nicht auch in minder wichtigen Amtshandlungen den verhinderten Friedensricher zu vertreten qualifizirt sey, daß mithin die Auslegung des ersten Richters auf einer Restriktion, die das Rescript nicht beabsichtigt, beruht, und da im Uebrigen die Eigenschaft des mit dem Vergleichsversuche befaßten Friedensrichters als gesetzlichen Stellvertreters des verhinderten Richters nicht bestritten worden, der Vergleichsversuch in gültiger Weise vorgenommen worden ist; u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 17. Juli 1848.

Advokaten: Nacken — Lautz.

Mobilien. — Besitz. — Vermuthung des Eigenthums. — Miethforderung. — Retention.

Die an den Besitz von Mobilien geknüpfte gesetzliche Vermuthung des Eigenthums kann, dem bisherigen Besitzer gegenüber, nicht von demjenigen angerufen werden, welcher Letzteren in widerrechtlicher Weise aus deren Besitz gesetzt hat

Der Vermiether ist zufolge des ihm wegen rückständiger Miethe zustehenden Privilegiums an den eingebrachten Mobilien seines Miethers nur berechtigt, dieselben in gesetzlicher Weise in Beschlag nehmen und verkaufen zu lassen, um aus dem Erlöse vorzugsweise seine Befriedigung zu verlangen, nicht aber, dieselben ohne Weiteres zu retiniren.

Erlenbruch — Walbrecht.

Durch Akt vom 19. Oktober 1847 ließ Walbrecht bei seinem Schwiegervater Erlenbruch, bei dem er, nach dessen Behauptung als Miether gewohnt hatte, eine Reihe von Mobilien im Wege der saisie-revendication mit Beschlag belegen, indem er behauptete und zu beweisen erbot, daß er Eigenthümer derselben, und von Erlenbruch mittelst eigenmächtiger Abschließung der von Walbrecht bisher bewohnten Räume, in denen sich jene Mobilien befunden, in widerrechtlicher und gewaltsamer Weise aus deren Besitz gesetzt worden.

Bei den über die Gültigkeit dieser Beschlagnahme vor dem Kgl. Landgerichte zu Elberfeld gepflogenen Verhandlungen wurde von Seiten Erlenbruchs die Aufhebung derselben aus einem doppelten Grunde beantragt: einmal, weil die qu. Mobilien sich in seiner, des Erlenbruch, Wohnung, und mithin in seinem Besitze befänden, und somit nach der im Art. 2279 des B. G. B. ausgesprochenen gesetzlichen Vermuthung als sein Eigenthum betrachtet werden müßten, sofern nicht von Seiten Walbrechts der einzig relevante Beweis erboten und geführt würde, daß die qu. Mobilien ihm gestohlen worden oder verloren gegangen seyen. Ferner seyen dieselben aber auch von Walbrecht als Miether in seine, Erlenbruchs, Wohnung inferirt, und er mithin, da ihm von

demselben noch ein Theil der Miethe verschuldet werde, auch aus diesem Grunde zu deren Retention bis zur Zahlung jenes Miethrückstandes berechtigt.

Von Seiten Walbrechts dagegen wurde die Relevanz des von ihm erbotenen Beweises dadurch zu rechtfertigen gesucht, daß einestheils die in dem Art. 2279 des B. G. B. an den Besitz von Mobilien geknüpfte gesetzliche Vermuthung des Eigenthums nur demjenigen zu Statten komme, gegen welchen der Beweis eines widerrechtlichen Erwerbs seines Besitzes, wie er von Seiten Walbrechts erboten sey, nicht vorliege; und anderntheils, auch in der Unterstellung der von Erlenbruch behaupteten Miethforderung, das ihm dieserhalb an den von Walbrecht inferirten Mobilien zustehende Privilegium nicht im Wege der bloßen Retention der letzteren habe geltend gemacht werden können, sondern den Vermiether lediglich berechtige, dieselben in dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege der saisie-gagerie in Beschlag nehmen und verkaufen zu lassen, um alsdann aus dem Erlöse seine vorzugsweise Befriedigung vor andern Gläubigern des Miethers zu verlangen.

Nachdem hierauf durch Urtheil vom 9. Dezember 1847 Walbrecht, unter Verwerfung der gegen dessen Relevanz vorgebrachten Einreden, zu dem erbotenen Beweise seines Eigenthums an den qu. Mobilien, sowie der behaupteten widerrechtlichen Besitzentziehung verstattet worden war, wurde dieser Beweis durch ferneres Urtheil vom 23. Mai 1848 für erbracht und die stattgefundene Beschlagnahme für gültig erklärt, unter Verurtheilung Erlenbruchs zur Herausgabe der mit Beschlag belegten Mobilien an Walbrecht.

Gegen beide Urtheile wurde von Seiten Erlenbruchs unterm 28. Juni 1848 die Berufung ergriffen, welche jedoch verworfen wurde durch folgendes confirmatorische

Urtheil:

J. E., daß die Vermuthung für das Eigenthum, welche der Art. 2279 des B. G. B. an den Besitz der Mobilien knüpft, wegfällt, wenn dargethan wird, daß der Verklagte dem Kläger den Besitz widerrechtlich entzogen, und daß daher die Vindikationsklage des Appellaten durch den Beweis seines Eigenthums an den Mobilien, und, daß der Appellant ihm

den Besitz derselben gewaltsam entzogen habe, begründet werden konnte;

Daß mithin der Appellant durch das Interlokut vom 19. Dezember 1847 nicht beschwert ist;

J. E., was die Appellation von dem definitiven Urtheile betrifft, daß der Appellat durch die vernommenen Zeugen bewiesen hat, daß der Appellant die fraglichen Mobilien in der Wohnung, welche der Appellat inne hatte, in seine Gewalt gebracht hat;

Daß dieses Unternehmen durch das Privilegium, welches der Vermiether für die Miethgelder an den inferirten Mobilien hat, nicht gerechtfertigt werden kann, weil dieses Vorrecht sich nur dadurch characterisirt, daß der Vermiether, wenn er die Mobilien seines Miethers in gesetzlicher Weise in Beschlag nimmt und verkaufen läßt, aus dem Kaufpreise vorzügliche Befriedigung erlangt; daß dagegen ein Recht des Vermiethers die inferirten Mobilien seines Miethers wegzunehmen, oder dem Miether vorzuenthalten, nirgends anerkannt ist, und, daß daher der erste Richter mit Recht erkannt hat, daß dem Appellaten der Besitz der Mobilien restituirt werden müsse, und daß es hierbei nicht darauf ankommt, ob dem Appellanten in der That wegen rückständiger Miethe ein Recht an den Mobilien zusteht, weil dieses Recht in der gesetzlichen Form nicht geltend gemacht ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 9. Dezember 1847 und 23. Mai 1848 ergriffenen Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in die Succumbenzstrafe und in die Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 27. Juli 1848.

Advokaten: Lautz — Longard.

Uneheliches Kind. — Freiwillige, erzwungene Anerkennung. — Beweis der Mutterschaft. — Geburtsurkunde. — Beweiskraft derselben. — Anfang eines schriftlichen Beweises.

Das uneheliche Kind, dessen Anerkennung durch ein Urtheil erzwungen worden, hat in Bezug

auf den Nachlaß seiner Mutter dieselben Rechte, wie das freiwillig anerkannte.

Eine den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Geburtsurkunde beweist die erfolgte Niederkunft einer bestimmten Person, auch wenn diese bei der Aufnahme derselben nicht concurrirt hat.

Als Anfang eines schriftlichen Beweises für die Identität eines Kindes im Falle des Art. 341 des B. G. B. ist jede von der Partei selbst oder deren Rechtsvertreter ausgegangene Urkunde zu betrachten, welche diese Identität als wahrscheinlich darstellt, wenn auch dieselbe von der unehelichen Mutter späterhin zu einer Zeit ausgegangen ist, wo sie bereits verheirathet war. — In diesem Falle bleibt es gleichwohl nicht ausgeschlossen, daß etwaige für die Annahme einer Collusion zum Nachtheile des Ehemannes sprechende Momente der richterlichen Prüfung unterworfen werden. Art. 756, 341, 337 B. G. B.

D. — S.

Der Privatsekretär Albert S. zu Aachen ließ die ebendaselbst wohnenden Ogier D. und Leonard Heinrich D. — Vater und Sohn — vor das dortige Landgericht laden, um die Auseinandersetzung der zwischen Ogier D. und seiner verstorbenen Ehefrau Johanna S. der ehelichen Mutter von Leonard D. bestandenen Gütergemeinschaft, sowie die Theilung des Nachlasses der Letzeren erkennen zu hören, indem er als Grund der Klage anführte, daß er ein vor der Ehe des Ogier D. mit Johanna S. geborner unehelicher Sohn der Letztern sey. Zum Beweise des Klagegrundes legte er folgende Urkunden vor: 1) beglaubigten Auszug aus dem Geburtsurkunden-Register der Stadt Düren, wonach am 5. April 1810 durch den Geburtshelfer Gohr vor dem Civilstandsbeamten die Erklärung abgegeben worden, daß die unverehelichte Johanna S. am selben Tage von einem Kinde männlichen Geschlechts, dem der Name Albert gegeben werden solle, entbunden worden sey; 2) notariellen Act vom 25. November 1825 über die von der Frau Johanna Maria S. verehelichten Ogier D. zu Aachen ihrem vorehelichen Sohn Albert S., den 5. April 1810 zu Düren geboren, ertheilte Einwilligung

zu dessen Heirath; 3) einen Brief der Frau D. d. d. Aachen den 9. März 1836, adressirt an Madame S.; 4) notarielles Testament der Frau Johanna Maria S., Ehegattin des rc. Ogier D. vom 24. März 1843, in welchem dieselbe ihren Sohn Albert S. auf die Hälfte seines gesetzlichen Erbantheils beschränkt; 5) Testament derselben vom 27. August 1846, in welchem sie die vorerwähnte Beschränkung wieder aufhebt; 6) Auszug aus den Verhandlungen der correktionellen Kammer des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 13. Dezember 1843, in welchen Ogier D. den Albert S. als den Sohn seiner Ehefrau bezeichnet; und einige andere weniger erhebliche Urkunden. Außerdem erbot der Kläger noch den Beweis durch Zeugen darüber: daß die Maria Johanna S. nachherige Ehefrau Ogier D. am 5. April 1810 zu Düren von einem Knaben entbunden worden, daß dieser Knabe bei der Erklärung vor dem Civilstandsbeamten den Vornamen Albert beigelegt erhalten, daß der Kläger, der dieser Albert S. sey, später bei den Eltern der Maria Johanna S. auferzogen worden, stets die Namen Albert S. getragen, überall als der uneheliche Sohn der Johanna Maria S. angesehen worden, sowie daß die Johanna Maria S. dem Kläger sowohl vor als während ihrer Ehe nicht nur durch die Einwilligung in seine Ehe mit Theresia NN. und die von ihr errichteten Testamente, sondern auch bei allen vorkommenden Gelegenheiten ihren Sohn genannt und für ihn immer Kleidung und Alimente bezahlt habe.

Die Beklagten bestritten, daß die Erklärung des Geburtshelfers Sohr in dem Geburtsacte die authentische Anerkennung der Mutter ersetzen könne, sowie, daß die vorgebrachten Urkunden, da sie während der Ehe mit Ogier D. entstanden, irgend eine rechtliche Wirkung haben könnten, und behaupteten, daß demgemäß auch der Zeugenbeweis nicht zulässig sey. Das Kgl. Landgericht nahm indessen den Beweis der Geburt des unehelichen Kindes der Johanna S., als durch die Geburtsurkunde erbracht an, und beließ den Kläger, betreffs der Identität desselben mit dem in der Geburtsurkunde erwähnten Albert S. auf Grund des in den übrigen Urkunden enthaltenen Anfanges eines schriftlichen Beweises zum ergänzenden Zeugenbeweise zu.

Indem die Beklagten gegen dieses Urtheil das Rechtsmittel der Berufung ergriffen, bestritten sie von Neuem die

Beweiskraft der Geburtsurkunde, und führten weiter aus, daß der Anfang eines schriftlichen Beweises in den von der Johanna S. ausgegangenen Urkunden nicht gefunden werden könne, weil dieselben alle während der Ehe derselben entstanden und auf Grund des Art. 337 des B. G. B. keine Wirkung haben könnten; daß nämlich dieser Artikel zwar nur von der freiwilligen Anerkennung rede, aber auch auf die gezwungene Anwendung finden müsse, indem sonst die Bestimmung desselben auf indirectem Wege illusorisch gemacht würde; und daß die zum Beweise erbotenen Thatsachen theils zu vage, theils irrelevant seyen.

Von Seiten des Appellaten wurde hiergegen ausgeführt, daß die Geburtsurkunde allerdings den Beweis der Entbindung liefere arg. Art. 45 und 56 des B. G. B. (vergl. Toullier II. 854; Merlin rép. m. maternité nro. 6, m. faux §. 2, m. quéstion d'état §. 2); daß aber auch für den Beweis der Identität die vorgelegten Urkunden vollständig als Anfang eines schriftlichen Beweises dienen müßten, indem die gesetzlichen Bedingungen eines solchen vorhanden seyen, der Art. 337 aber und überhaupt die Bestimmungen über die freiwillige Anerkennung hier keine Anwendung finden könnten, wie dies namentlich aus den Diskussionen der Gesetzgeber hervorgehe. (Locré. belg. Ed. in 12 Bänden, Bd. III. p. 58 nro. 10; p. 62 ff. nro. 17, 20 und besonders nro. 21.)

Der Hof erließ hierauf in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums folgendes bestätigende

Erkenntniß:

J. E., daß durch die Verfügung des Art. 756 des B. G. B. den natürlichen Kindern an dem Nachlasse ihrer Eltern nur insofern Ansprüche eingeräumt worden, als dieselben gesetzlich anerkannt worden sind;

Daß der Art. 341 desselben Gesetzbuches die Klage auf Erforschung der Mutter eines unehelichen Kindes, im Allgemeinen, gestattet;

Daß das uneheliche Kind, dessen Anerkennung im Wege der richterlichen Entscheidung erzwungen worden, als ein gesetzlich anerkanntes zu betrachten und daher als solches in Gemäßheit des bezogenen Art. 756 des B. G. B. an dem

Nachlasse seiner Mutter dieselben Ansprüche geltend zu machen befugt ist, welche dasselbe, in dem Falle einer freiwillig erfolgten Anerkennung, daran auszuüben berechtigt gewesen seyn würde;

J. E., daß nun in dem vorliegenden Falle der Appellat zur Begründung der von demselben an dem Nachlasse der Johanna Maria S., Ehegattin und beziehungsweise Mutter der Appellanten, erhobenen Ansprüche, die Behauptung aufstellt, daß er der natürliche Sohn der genannten Erblasserin und von derselben vor ihrer Ehe mit dem Coappellanten Ogier D. geboren worden sey;

Daß derselbe, um den rechtlichen Nachweis dieses von ihm behaupteten, von den Appellanten aber bestrittenen Verhältnisses zu führen, der Vorschrift des Art. 341 des B. G. B. zufolge, beweisen muß, nicht nur daß Johanna Maria S. vor ihrer Verheirathung mit dem Appellanten Ogier D. niedergekommen, sondern auch, daß er dasselbe Kind sey, von welchem dieselbe zu der angegebenen Zeit entbunden worden ist;

Daß, so viel den ersten Theil dieses von dem Appellaten zu führenden Beweises betrifft, derselbe aus der vorgelegten Geburtsurkunde vom 5. April 1810 zur Genüge hervorgeht, indem aus derselben sich ergiebt, daß die unverehelichte Johanna S., deren Identität mit der Johanna Maria S., später verehelichten Ogier D. aus den von dem ersten Richter angeführten Gründen nicht zu bezweifeln ist, am 5. April 1810 zu Düren ein Kind männlichen Geschlechts geboren hat, welchem der Vorname Albert beigelegt worden ist;

Daß Johanna Maria S. bei der Aufnahme dieser Geburtsurkunde zwar nicht concurrirt hat, daß aber deren Mitwirkung bei derselben gesetzlich nicht nothwendig war, die bloße Thatsache ihrer erfolgten Entbindung von einem Kinde männlichen Geschlechts vielmehr schon durch die, den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende Geburtsurkunde, der Vorschrift des Art. 45 des B. G. B. zufolge, vollständig bewiesen wird;

Daß dahingegen der gleichzeitige Beweis der Identität des Appellaten mit dem von Johanna Maria S. am 5. April 1810 zur Welt gebrachten Albert, aus der fraglichen Geburtsurkunde sich nicht ergibt, indem diese letztere hierfür auch nicht einen einzigen sichern Anhaltspunkt an die Hand gibt;

Daß der Beweis durch Zeugen, zu welchem der Appellat in dieser Beziehung sich erboten hat, und zu welchem derselbe von dem ersten Richter zugelassen worden ist, der Schlußbestimmung des schon bezogenen Art. 341 des B. G. B. zufolge, nur in sofern als zulässig erscheint, als der Anfang eines schriftlichen Beweises vorhanden ist;

Daß bei der rechtlichen Entscheidung der Frage, welche Urkunden als der Anfang eines schriftlichen Beweises zu betrachten sind, auf die von dem Beweise überhaupt geltenden Regeln, mit Rücksicht auf die Beschaffenheit eines jeden einzelnen Falles, zurückgegangen werden muß;

Daß hiernach jegliche von der Partei selbst oder von ihrem Rechtsvertreter ausgegangene Urkunde als der Anfang eines schriftlichen Beweises zu betrachten ist, welche die zu beweisende Thatsache als wahrscheinlich darstellt;

Daß für eine Urkunde von dieser Beschaffenheit unbezweifelt der von dem Appellaten beigebrachte, am 25. November 1835 vor Notar Biergans zu Aachen gethätigte Act zu halten ist, Inhalts dessen die erstgenannte Johanna Maria S. ihre Einwilligung in die von dem Appellaten beabsichtigte Heirath mit Theresia NN. ertheilt und dabei den Appellaten als ihren vorehelichen Sohn bezeichnet, den sie am 3. April 1810 (soll heißen am 5. April 1810) in Düren geboren habe;

Daß eben so aus den beiden notariellen Testamenten vom 24. März 1843 und vom 27. August 1846, so wie aus dem Schreiben der Ehefrau D. an die Ehegattin des Appellaten vom 9. März 1836, dessen Aechtheit nicht bestritten wird, hervorgeht, daß die Johanna Maria S. den Appellaten stets für ihr Kind gehalten hat;

Daß folglich in dem vorliegenden Falle, bei dem Vorhandensein des Anfangs eines schriftlichen Beweises, die Zulässigkeit des Beweises durch Zeugen über die Abstammung des Appellaten von Johanna Maria S. mit Grund nicht bezweifelt werden kann;

Daß hiergegen von den Appellanten zwar eingewendet wird, daß die bezogenen Urkunden, da sie sämmtlich aus einer Zeit herrühren, zu welcher die Ehe der Johanna Maria S. mit dem Coappellanten Ogier D. noch bestand, schon aus diesem Grunde als der Anfang eines schriftlichen Beweises gegen sie nicht gebraucht werden könnten, weil auch

selbst dann, wenn die Johanna Maria S. in stehender Ehe mit Ogier O. den Appellaten förmlich anerkannt hätte, dadurch den Rechten der Appellanten, der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 337 des B. G. B. zufolge, nicht würde haben präjudizirt werden können, vielweniger denn aus den bezogenen Urkunden ein Präjudiz gegen dieselben sich würde herleiten lassen, da dieselben nur dazu dienen sollten, die von ihnen bestrittene Mutterschaft der Johanna Maria S. auf einem indirecten Wege beweislich darzuthun;

Daß aber der bezogene Art. 337 des B. G. B. nur von einer, durch einen der Ehegatten während der Ehe geschehenen freiwilligen Anerkennung eines vorehelichen Kindes spricht und für solchen Fall vorschreibt, daß dadurch die aus dieser Ehe entsprossenen Kinder nicht präjudizirt werden sollen;

Daß es sich aber in dem vorliegenden Falle keineswegs von einer freiwilligen Anerkennung der Mutterschaft der Johanna Maria S. und deren etwaigen rechtlichen Folgen, sondern vielmehr von dem in der Verfügung des Art. 341 des B. G. B. begründeten Rechte des natürlichen Kindes handelt, seine Anerkennung als Kind einer bestimmten Mutter, auf dem gesetzlichen Wege zu erzwingen und sich zu dem Ende aller derjenigen Beweismittel zu bedienen, deren Gebrauch die Gesetze einer Partei überhaupt gestatten;

Daß daher auch die rechtlichen Wirkungen einer solchen erzwungenen Anerkennung zunächst und ausschließlich im Gesetze, nicht aber in einem etwaigen Anerkenntnisse ihre rechtliche Begründung finden, und daß folglich die Appellanten die Verfügung des Art. 337 des B. G. B., welche nur den Fall einer vorliegenden freiwilligen Anerkennung im Auge hat, für sich überall nicht in Anspruch nehmen können;

Daß, wenn die Appellanten in dieser Beziehung auf eine zwischen den Ehegatten, von welchen solche als Anfang eines schriftlichen Beweises dienende Urkunden ausgegangen sind, und seinem vorehelichen Kinde möglicher Weise denkbare Collusion hindeuten, dieselben eines Theils darüber, daß eine solche Collusion in dem vorliegenden Falle statt gehabt habe, auch nicht entfernt einen Beweis erboten haben, andern Theils aber auch, wenn in einem gegebenen Falle Momente für die Annahme einer Collusion vorlägen, dieselben bei der Beurtheilung der Zulässigkeit der betreffenden Urkunden, als

Anfang eines schriftlichen Beweises, der richterlichen Prüfung den Umständen nach allerdings unterliegen würden;

Daß übrigens die Thatsachen zu deren Beweis durch Zeugen der Appellat von dem ersten Richter zugelassen worden ist, nach Lage der Sache, allerdings als erheblich erscheinen;

Daß demnach die rechtliche Erörterung der Frage, welchen Einfluß der angebliche Besitzstand des Appellaten auf den Beweis der Abstammung desselben von der oftgenannten Johanna Maria S. möglicher Weise würde haben können, nach Lage der Sache auf sich beruhen bleiben kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Erkenntniß des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 25. August 1847 unter Verurtheilung der Appellanten in die Kosten der Appellationsinstanz und in die gesetzliche Succumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 5. Juni 1848.

Advokaten: Kyll — Müller — Nacken.

Schornstein. — Rauch. — Nachbarliches Grundstück. — Eigenthumsrecht. — Servitut der Aufnahme des Rauches. — Titel. — Verjährung.

Jeder ist verpflichtet, seinen Schornstein so anzulegen, daß das nachbarliche Grundstück, namentlich die darauf stehenden Gebäude durch dessen Rauch nicht belästigt und der Nachbar dadurch in der Ausübung seiner Eigenthumsrechte nicht verhindert werde. — Daher kann der Eigenthümer des Schornsteins angehalten werden, ihn bis über die Giebelwand des nachbarlichen Gebäudes zu erhöhen, wenn nur so dasselbe vor dem Eindringen des Rauches zu schützen ist. — Die Servitut, den Rauch des nachbarlichen Schornsteins auf sein Grundstück aufnehmen zu müssen, kann nur durch Titel nicht durch Verjährung erworben werden.*)

Art. 691 des B. G. B.

*) Vergl. die Urtheile S. 81 und 97 dieses Bandes, und die Note zu dem erstern.

Eversheim — Brochsitter.

Die zu Ahrweiler gelegenen Häuser der streitenden Theile mit ihren Zubehörungen begrenzen sich. Brochsitter hat in seinem Vorhofe seit langen Jahren eine Beitzküche, welche an das nebenliegende Hintergebäude des Eversheim anschießt. Im Jahre 1842 tritt dieser gegen jenen klagend bei dem Landgerichte zu Coblenz auf, fordernd eine solche Einrichtung des auf der Beitzküche stehenden Schornsteins, daß er wenigstens zwei Fuß über die Giebelwand des klägerischen Gebäudes hinausreiche und das senkrechte Aufsteigen des Rauches weiter nicht verhindert werde, da er in seiner gegenwärtigen Construktion nicht allein, wegen zu geringer Erhebung über dem Dache, polizeiwidrig sey, sondern auch der Rauch seitwärts ausbreche und in die Räume des klägerischen Gebäudes, namentlich des Speichers getrieben werde, der Verklagte aber die Verpflichtung habe, den Rauch in seiner Luftsäule zu halten.

Nachdem das Landgericht durch Urtheil vom 16. Februar 1843 den Kläger zu dem Beweise durch Zeugen und Sachverständige zugelassen hatte, daß der Schornstein der Beitzküche des Verklagten so beschaffen sey, daß der Rauch aus demselben in das Gebäude des Klägers, oder in den über demselben befindlichen Luftraum eindringe, und dieser Beweis aufgenommen worden war, wies dasselbe durch Urtheil vom 10. Dezember 1846 die Klage ab.

Es erwog, wie es zwar festgestellt worden, daß der Rauch aus dem gedachten Schornsteine nicht selten in das Hintergebäude und in die Luftsäule des Klägers eindringe, daß indessen jener Uebelstand keineswegs durch eine fehlerhafte und rechtswidrige Beschaffenheit jenes Schornsteins, sondern vielmehr durch die örtliche Lage der beiderseitigen Gebäulichkeiten und durch die Natur des Rauches überhaupt herbeigeführt werde, indem derselbe allenthalben, sobald er den Schornstein innerhalb der Eigenthums-Sphäre des Verklagten verlassen, dem Zuge des Windes folge; daß überdies der Schornstein mit einer Kappe versehen sey, welche den Rauch vom klägerischen Eigenthum abhalte, und es Sache des Klägers gewesen, bei Errichtung seines Hinterbaues die bereits rechtmäßig bestandenen Anlagen seines Nachbars zu berücksichtigen und besonders das Eindringen des Rauches nicht durch Lücken in seinen Giebeln unvermeidlich zu machen.

Evertsheim ergriff gegen dieses Urtheil die Berufung mit dem weitern Antrage, eventuell von den Sachverständigen eine bessere Motivirung ihres Gutachten zu erfordern. Vom Appellaten Brochsitter hingegen wurde auf die Verwerfung der Berufung, subsidiarisch auf Zulassung zu dem Beweise angetragen, daß der fragliche Schornstein seit vierzig Jahren vor Anstellung der Klage in seinem jetzigen Zustande schon vorhanden gewesen, und insbesondere, daß dieser Zustand vor der Errichtung des Hintergebäudes des Appellanten bestanden habe.

Der A. G. H. erließ hierauf unter dem 14. Juli 1847 folgenden

Vorbescheid:*)

J. E., daß, so viel den zweiten Klagepunkt betrifft, der natürlichen Freiheit des Eigenthums die Annahme widerstreitet, daß der Eigenthümer eines Grundstücks unbedingt verpflichtet sey, den aus dem Schornsteine seines Nachbars aufgehenden Rauch in seine Luftsäule aufzunehmen und es vielmehr für einen Ausfluß der unter Eigenthümern nachbarlicher Gebäude gegenseitig zu beobachtenden Obliegenheiten gelten muß, daß ein Jeder derselben seine Schornsteine so anlege und einrichte, daß die Gebäulichkeiten des Nachbars nicht durch den in jenen aufkommenden Rauch benachtheiligt oder belästigt werde. Daß es daher in den Befugnissen des durch eine diesfällige mangelhafte Anlage oder Einrichtung in seinem Eigenthume Benachtheiligten unzweifelhaft liegt, seinen Nachbar zur Bewerkstelligung solcher Vorrichtungen anzuhalten, welche geeignet sind, jene Belästigung abzuwenden;

Daß in dem vorliegenden Falle durch die statt gehabte Beweisaufnahme außer Zweifel gestellt ist, daß der aus dem von dem Eigenthume des Appellanten nicht volle 3 Fuß entfernten Schornsteine der appellatischen Beitzküche ausgehende Rauch sich auf das Eigenthum des Appellanten verbreitet und in die Gebäude desselben zu dringen pflegt und daß dieß nach dem in dem Protokolle der Experten vom 21. April 1845 erhobenen Befunde auch selbst bei heller und wenig bewegter Luft der Fall, und daher nicht blos dem natürlichen Einflusse des Windes beizumessen ist;

*) Diesen Vorbescheid fällte der dritte Senat. Der Rechtsstreit hatte noch einen andern Punkt zum Gegenstande, der hier ganz übergangen wird.

Daß es hierbei auch nur für gleichgültig gehalten werden kann, daß der Schornstein in seiner dermaligen Einrichtung bereits vor Erbauung des appellantischen Hinterhauses bestanden hat, da es die Gebäulichkeiten des Appellanten überhaupt sind, welche jenem Befunde zufolge dem Eindringen des Rauches ausgesetzt sind; der Appellat sich aber durch die Behauptung, daß der Rauch seit länger als vierzig Jahren auf das Eigenthum des Appellanten übergegangen sey, um so weniger gegen die erhobene Klage schützen kann, als aus den Zeugenaussagen hervorgeht, daß in der fraglichen Küche in früherer Zeit nur bei gewissen Gelegenheiten, in der neuern Zeit dagegen zum öftersten gefeuert worden und daher anzunehmen ist, daß das der Klage vorausgegangene Stillschweigen des Appellanten und seiner Besitzvorgänger lediglich auf nachbarlicher Duldung beruht habe;

Daß die Sachverständigen bisher nur aufgestellt haben, daß das Eindringen des Rauchs auf das appellantische Eigenthum durch die auf dem fraglichen Schornsteine befindliche, einen Widerstand gegen das senkrechte Aufsteigen des Rauches verursachende Kappe herbeigeführt werde, ohne sich darüber zu erklären, ob in dem Bestehen der letztern die alleinige Ursache des gerügten Uebelstandes enthalten sey, und durch ihre Beseitigung demselben in genügender Weise abgestellt sein werde, oder welche sonstige Vorrichtungen hierzu erforderlich seyen und es sonach in dieser Beziehung einer nachträglichen Aeußerung der Sachverständigen vor definitiver Entscheidung über den zweiten Klagegegenstand annoch bedarf;

Aus diesen Gründen

gibt der A. G. H. in Bezug auf den zweiten Gegenstand der Klage vor weiterer Entscheidung den ernannten Sachverständigen sich nachträglich darüber gutachtlich zu äußern auf: in welcher Weise der auf der Beitzküche in dem appellatischen Vorderhofe befindliche Schornstein mit Rücksicht auf den niedrigen Standpunkt desselben einzurichten sey, um das Eindringen des aus demselben ausgehenden Rauches auf das Eigenthum des Appellanten fernerhin zu verhindern u. s. w.

Die nähere Erklärung der Sachverständigen geht dahin, daß, um das Eindringen des Rauches in den Hof und die Gebäude des Eversheim zu verhindern, es nöthig erscheine,

den Schornstein der Beitzküche in senkrechter Erhöhung so hoch aufzuführen, daß derselbe über das Dach des Gebäudes des Eversheim hervorrage.

Als nunmehr der Appellant ein definitives Erkenntniß gegen den Appellaten im Sinne dieses nähern Gutachtens verlangte, trug der Letztere unter näherer Entwickelung der Gründe des ersten Richters dahin an, ohne Berücksichtigung der Gründe des Vorbescheides vom 14. Juni 1847, möge der Hof die Berufung verwerfen; subsidiarisch den vor dem gedachten Vorbescheide erbotenen Beweis zulassen.

Hierauf erging folgendes

Endurtheil:

J. E., daß schon in dem Urtheile hiesiger Stelle vom 14. Juli 1847 der Grundsatz ausgesprochen ist, daß bei mangelhafter Einrichtung eines Schornsteins der dadurch benachtheiligte Nachbar die Abwendung der Belästigung seines Grundstücks verlangen könne;

Daß ferner, wie das nämliche Urtheil schon ausführt, die stattgehabte Beweisaufnahme ergeben hat: daß der Rauch aus dem Schornsteine der Beitzküche des Appellaten sich über das Grundstück des Appellanten nicht blos in Folge unabwendbarer Luftströmung bei stürmischer oder feuchter, sondern selbst bei ruhiger und heiterer Witterung verbreite;

Daß nach dem Gutachten der Sachverständigen die geringe Höhe des Schornsteins neben den höher liegenden Gebäuden der Parteien der Grund dieses Uebelstandes ist;

Daß Appellat eine dem Grundstücke des Appellanten anklebende, durch Titel constituirte Servitut der Aufnahme des Rauches aus dem bezeichneten Schornsteine nicht behauptet, eine solche Servitut aber ebenso wie diejenige, über die Höhe des fraglichen Schornsteins nicht hinauszubauen, nach Art. 691 des B. G. B. durch langdauernden Besitz allein nicht erworben werden kann; der Subsidiarantrag des Appellaten daher unerheblich, dem Appellanten vielmehr sein Klageantrag unter der von den Sachverständigen bezeichneten und jetzt beantragten Maßgabe zuzuerkennen ist;

Aus diesen Gründen

nimmt der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das

Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Koblenz vom 10. Dezember 1846 in Ansehung des, den Schornstein des Appellaten betreffenden Klageantrags als begründet an, und erkennt, unter Reformation des besagten Urtheils in diesem Punkte, für Recht:

daß Appellat schuldig sey, den Schornstein auf seiner Weißküche zu Ahrweiler in senkrechter Erhöhung durch feuerfestes Material so hoch aufzuführen, daß dieser Schornstein über das Dach des demselben zunächst liegenden Gebäudes des Appellanten hervorragt;

ermächtigt für den Unterlassungsfall den Appellanten, nach Verlauf von 8 Tagen nach Zustellung des gegenwärtigen Urtheils, den bezeichneten Schornstein in der erwähnten Weise durch einen sachverständigen Mauermeister auf Kosten des Appellaten einrichten zu lassen; u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 26. October 1848.

Advokaten: Forst — Compes.

Katholische Privatstiftung. — Verwaltung. — Geistliche Stelle. — Standesherr. — Standesherrlicher Beamte. — Regierungsrechte. — Competenz.

Die Einrede des sich hierzu gehörig qualificirenden Verklagten, daß er eine katholische Privatstiftung als Beamter eines Standesherrn und vermöge der diesem zustehenden Regierungsrechte verwalte, ist nicht geeignet, die gegen ihn als einen Privaten auf Abtretung dieser Verwaltung und auf Rechnungslage von einer geistlichen Stelle gerichtete Klage abzuwenden; eben so wenig die Competenz des Gerichtes zu beseitigen. Kabinets-Ordre vom 17. April 1830. — Instruktion vom 30. Mai 1820, §§. 53, 57. Verordnung vom 26. Dezember 1808, §. 36.

Kirchenvorstand zu Friesenhagen — Wisseklink.

Die Kreuzkapelle bei Crottorf, gelegen im Bereiche der durch die Kgl. Kab.-Ordre vom 9. Juni 1821 zur Standes-

herrschaft erhobenen von Hatzfeld'schen Herrschaften Wildenburg und Schönstein, wurde von einer verwittweten Gräfin von Hatzfeld und Gleichen erbauet und darin durch Urkunde vom 20. Mai 1726 eine Seelen-Messen-Stiftung errichtet. Das Vermächtniß lautet auf den zeitlichen Pfarrer zu Friesenhagen, zu dessen Pfarrbezirk Crottorf gehört. Damals wurden jedoch die Pfarrdienste von den Conventualen des dortigen Fanziskaner-Klosters verrichtet, und da diese propter votum paupertatis Vermächtnisse nicht annehmen durften, so verwalteten sie blos die Fundation, versahen die damit verbundenen Kirchendienste und bezogen deren Einkünfte als Almosen. Nach der Aufhebung des Klosters scheint die Verwaltung der Stiftung allmählig ganz in die Hände des von Hatzfeld'schen Rentmeisters übergegangen zu sein.

Von der Kgl. Kabinetsordre vom 17. April 1830 in Betreff der Verwaltung katholischer Privatstiftungen *) nahm die erzbischöfliche Behörde Veranlassung, die Verwaltung derselben dem Kirchenvorstande zu Friesenhagen zu übertragen, und war es in Folge der desfallsigen Verfügung, daß der Graf von Hatzfeld von dem betreffenden Landdechanten angegangen würde, eine desfallsige Weisung an seinen Beamten zu ertheilen. Im Februar 1847 weigerte er sich wiederholt, diesem Gesinnen nachzugeben, sich schriftlich dahin äußernd, daß ihm als Standesherrn zufolge des §. 53 der Instruktion vom 30. Mai 1820 wegen Ausführung des Edikts vom 21. Juni 1815, betreffend die Verhältnisse der Standesherren, die Aufsicht und Verwaltung dieser Stiftung zustehe.

---

*) Diese Ordre fehlt in der Gesetzsammlung und findet sich nur in v. Kamptz Annalen der preuß. innern Staatsverwaltung Bd. 14, S. 337, weshalb sie hier abgedruckt wird:

Auf Ihren Bericht vom 19. v. M. und nach Ihrem Antrage bestimme ich, daß die Verwaltung einer Privatstiftung, welche deren Stifter einer katholischen geistlichen Stelle übertragen hat, nach Aufhebung der geistlichen Stelle, der bischöflichen Behörde mit der Verpflichtung, die Verwaltung entweder selbst zu führen, oder Geistliche damit zu beauftragen, unter Vorbehalt der Oberaufsicht des Staates durch die gesetzlich dazu bestimmte Provinzialbehörde, überwiesen werde.

Berlin, den 17. April 1830.

An den Staatsminister von Altenstein. — Friedrich Wilhelm.

Nun klagte der Kirchenvorstand gegen den Rentmeister Wisseklink zu Crottorf auf Herausgabe der auf dieselbe bezüglichen Papiere und auf Rechnungslage über die ohne Fug und Recht geführte Verwaltung des Stiftungsfonds.

Dieser wandte ein, er verwalte nicht im eigenen Namen (was nach dem Obigen ohnehin dem Kirchenvorstande nicht unbekannt war), sondern als Domainenbeamter des Standesherrn nach Maaßgabe der §§. 53 und 57 der vorgedachten Instruktion; zugleich legte derselbe seine Ernennungsurkunde vom 5. October 1843 vor, worin ihm nicht nur die Verwaltung der Domainen des Grafen im Allgemeinen, sondern auch insbesondere die des Kreuzkapellenfonds aufgetragen wird.

Durch Urtheil vom 28. Juni 1847 wies das Kgl. Landgericht zu Koblenz die Klage ab, weil der Verklagte nachgewiesen, für den Grafen verwaltet zu haben, und daher gegen diesen die Klage zu richten sey.

Zur Begründung der von dem Kläger eingelegten Berufung wurde von der einen Seite behauptet, daß der Appellat seine Qualification durch die produzirte Urkunde nicht genügend dargethan, daher so angesehen werden müsse, als habe er proprio nomine verwaltet; von der andern aber, daß jedenfalls der Graf Hatzfeld zur Verwaltung des fraglichen Stiftungsfonds vermöge der ihm als Standesherr im §. 53 der Instruktion vom 30. Mai 1820 verliehenen Rechte nicht befugt erscheine. Habe nun dennoch der Appellat dieselbe übernommen, so könne er sich durch Nennung eines Vollmachtgebers, dem in Betreff des aufgetragenen Geschäftes ein Dispositionsrecht nicht zustehe, der Klage nicht entziehen. Hätte aber auch den Standesherren ein solches Recht zugestanden, so sey es ihnen eben durch die Kabinetsordre vom 17. April 1830 wieder entzogen worden, da ja auch der Staat, von welchem der Standesherr seine Regierungsrechte erhalten, selbst darauf Verzicht geleistet habe.

Von Seiten des Appellaten wurde auf Bestätigung des Urtheils a quo angetragen, und zur Unterstützung dieses Antrags wesentlich auf die Gründe des ersten Richters Bezug genommen.

Das öffentl. Ministerium hielt den Hof für incompetent. Die eine Frage, ob Wisseklink nach der produzirten Urkunde wirklich als ein standesherrlicher Beamte zu betrachten sey,

(§. 57 der Instruktion vom 30. Mai 1820) habe allein die Verwaltungsbehörde zu entscheiden, und eben so die andere, ob dem Grafen von Hatzfeld als Standesherrn die Befugniß beiwohne, die fragliche Stiftung durch seinen Beamten verwalten zu lassen; denn hier wie dort sey über die Ausübung von Hoheitsrechten zu bestimmen, welche der Staat an den Standesherrn abgetreten (§§. 38 und 57 der obigen Instruktion) und daher die Entscheidung dem Richter entzogen. (§. 36 der Verordnung vom 28. Dezember 1808). Von deren Beantwortung hänge aber der Ausfall der vorliegenden Sache ab, da von der einen Seite Wisseklink bezüglich der Verwaltung dieser Stiftung als privatus nicht angesehen werden könne, wenn er wirklich qua standesherrlicher Beamte fungirt habe, und von der andern, dessen Befugniß hierzu in der angegebenen Eigenschaft allein durch den Umfang der den Standesherren verliehenen Regierungsrechte bedingt werde.

Urtheil:

J. E., daß die Klage auf Herausgabe aller Urkunden und Acten, welche sich auf die Vermögensverhältnisse des Kreuzkapellenfonds beziehen, und auf Rechnungslegung gegen den anmaßlichen Rendanten gerichtet ist; daß der Natur der Sache nach die Appellantin, wenn sie ihre Ansprüche auf die Fonds gedachter Stiftung geltend machen wollte, sich nur gegen denjenigen wenden konnte, der sich im Besitze der Papiere und Verwaltung befand; daß daher die Klage den Verhältnissen entsprechend gegen Appellaten erhoben worden; daß aber auch der Einwand des Appellaten, er sey von dem Grafen von Hatzfeld mit der Verwaltung des Fonds beauftragt, nicht geeignet ist, ihn der Appellantin gegenüber der Verantwortung zu entziehen, da die Verträge, welche zwischen dem Appellaten und dem Grafen bestehen mögen, Dritten nicht entgegenstehen und Appellat durch das gesetzliche Mittel der Adcitation seines Autors sich gegen jeden persönlichen Nachtheil sicher stellen konnte;

J. E., daß diesemnach die Legitimation des Appellaten, sich auf die Klage einzulassen, keinem Bedenken unterworfen ist; daß auch, da der Legitimationspunkt der einzige Gegenstand des Urtheils a quo war, die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung in die erste Instanz zurückgewiesen werden muß;

J. E., daß sich aus dem bisher Gesagten von selbst ergibt, daß die Fragen, in so weit sie in der jetzigen Lage der Sache zur Erörterung kommen, rein civilrechtlicher Natur sind und das Gebiet der Hoheitsrechte des Grafen auf keine Weise berühren, mithin auch die vom öffentl. Ministerium geltend gemachte Behauptung der Inkompetenz der Gerichte nicht zutrifft.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Koblenz vom 28. Juni 1847 und statt dessen erkennend, erklärt es den Verklagten und Appellaten Wisselink für verpflichtet, sich auf die Sache selbst in erster Instanz einzulassen, verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzstrafe und legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last.

II. Senat. Sitzung vom 19. October 1847.
Advokaten: Forst — Müller.

Zeugenverhör. — Reproche-Ursachen. — Angestellte einer Eisenbahngesellschaft, Techniker in einer Maschinenfabrik. — Serviteurs, domestiques. — Bekundungen. — Sachverständiges Urtheil. — Zulässigkeit.

Die Reproche-Ursachen des Art. 283 der B. P. O. sind limitativ. — Angestellte einer Eisenbahngesellschaft und Techniker in einer Maschinenfabrik gehören nicht zu den Serviteurs et domestiques im Sinne des obigen Artikels. — Bekundungen der Zeugen, durch welche ein sachverständiges Urtheil derselben über einen Gegenstand bezweckt wird, sind unzulässig.*)

*) Ein Urtheil des A. G. H. vom 11. Mai 1838, Arch. 27. 1. 88, erkannte, daß ein Taglöhner nicht zu den serviteurs ou domestiques gehöre; ein solches vom 20. Dezember 1843, Arch. 36. 1. 159, daß ein Communal-Oberförster eben so wenig zu diesen gerechnet werden dürfe. — Auch hat der erste Senat des Hofes in jüngerer Zeit in der Sache der Kölnischen Dampfschifffahrtsgesellschaft gegen Piesbach und Lichtenberger in den Urtheilen vom 15. März 1847 und 19. April 1848 angenommen, daß die im Dienste der Gesellschaft stehenden Capitain, Maschinist und Steuermann als serviteurs et domestiques nicht reprochirt werden könnten.

Rheinische Eisenbahngesellschaft — Kesseler.

Am 17. Januar 1847 hatte in der Nähe der Station Buir eine Explosion der Locomotive Nro. 19 statt, welche von dem Maschinenfabrikanten Kesseler zu Karlsruhe der rheinischen Eisenbahn-Gesellschaft geliefert worden war. In Folge dieses Ereignisses zog ihn diese Gesellschaft vor das Handelsgericht zu Köln, um sich verurtheilen zu hören, die Maschine wieder herzustellen, und allen Schaden zu ersetzen.

Durch Urtheil vom 9. April v. J. wurde der Verklagte über sieben Punkte zum Zeugenbeweise zugelassen, und zugleich eine Expertise darüber verordnet: ob die Explosion einer fehlerhaften Beschaffenheit und Bauart oder einer fehlerhaften Behandlung im Gebrauche zuzuschreiben sey. Die Gesellschaft produzirte als Zeugen mehrere in ihrem Dienste stehende Personen. Diese Zeugen reprochirte der Gegner wegen ihres Dienstverhältnisses, dagegen erhob jene eine gleiche Reproche gegen den von Kesseler als Zeugen vorgestellten Hermann Jaeger, der in seiner Fabrik arbeite. Der mit der Zeugenvernehmung beauftragte Friedensrichter hatte sich, gemäß dem Protokoll vom 28. September 1847 geweigert, vier Zeugen der Gesellschaft über gewisse Thatsachen zu vernehmen, von welchen diese behauptete, daß sie zur Entkräftung des Hauptbeweises führen würden und daher zulässig seyen. Das Kgl. Handelsgericht nahm durch Urtheil vom 14. April d. J. die Reprochen gegen die Zeugen der Klägerin als begründet an, verwarf dagegen die gegen den Jaeger gerichtete, und gleichfalls den Antrag der erstern in Betreff der Zulassung vier ihrer Zeugen zur Bekundung der fraglichen Thatsachen.

Auf die Berufung der Eisenbahngesellschaft erließ der Rh. A. G. H. nachstehendes, zum Theil reformatorische

Urtheil:

I. E., daß der Art. 283 der B. P. O., welcher in limitativer Weise die Fälle aufzählt, in denen es gestattet ist, Zeugen zu reprochiren, unter der Bezeichnung serviteurs et domestiques nur solche Individuen begreift, welche gegen einen bestimmten Lohn zur Bedienung der Person ihres Herrn oder als Gesinde zur Verrichtung häuslicher Arbeiten und sonst vorkommender Dienste ausschließlich verpflichtet sind und auf diese Weise während ihrer Dienstzeit mehr oder

weniger ihrer Unabhängigkeit entbehren, daß dahin nicht aber auch diejenigen gezählt werden können, welche als Künstler, Professionisten oder Handwerker für einen Andern gewisse bestimmte Arbeiten gegen Vergütung übernehmen, weil diese sich in dem vom Gesetzgeber unterstellten Abhängigkeitsverhältnisse nicht befinden;

Daß die von dem Appellaten reprochirten Gegenbeweiszeugen zur Zeit ihrer Vernehmung sämmtlich auf kürzere oder längere Zeit als Locomotivführer, Heizer, Werkmeister oder Schlosser von der Appellantin angestellt, als solche zu Diensten wie der serviteur oder der domestique sie seinem Herrn zu leisten hat, also nicht verpflichtet waren und die bezogene Gesetzesstelle daher auch auf sie keine Anwendung findet;

Daß nach der vorstehenden Ausführung die von der Appellantin gegen den Beweiszeugen Hermann Jaeger angemeldete Reproche, abgesehen davon, daß sie durch die vorgelegten Briefe vom 8. October 1846 und 21. Mai 1847 keineswegs gerechtfertigt wird, von selbst als unbegründet sich darstellt, und also die von beiden Parteien reprochirten Personen vorbehaltlich der geeigneten Würdigung ihrer Glaubhaftigkeit als Zeugen zugelassen werden müssen;

J. E., daß die Thatumstände, über welche die Appellantin die von ihr vorgeführten Zeugen nach ihrem Antrage im Protokolle vom 28. September 1847 vernommen wissen will, mit den ursachlichen Wirkungen, aus welchen sie hervorgegangen seyn sollen, und den aus ihrer Erscheinung herzuleitenden Folgerungen, in solche Verbindung gebracht worden sind, daß es klar erhellet, wie die Appellantin nicht sowohl eine Feststellung der Thatsachen selbst bezweckt, als vielmehr aus der Beschaffenheit der fraglichen Locomotive nach dem Unfalle über deren Construktion ein sachverständiges Urtheil dieser Zeugen zu erlangen beabsichtigt; daß ein Urtheil aber nicht Gegenstand des Zeugenbeweises seyn kann und die beantragte Vernehmung daher mit Recht von dem Appellaten bestritten wird;

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Köln vom 14. April d. J. in so fern, als durch dasselbe die gegen die Zeugen NN. u. s. w. vorgebrachten Reprochen für begründet erachtet worden sind, erkennt an

dessen Statt zu Recht, daß die Aussagen dieser acht Zeugen verlesen werden sollen, verwirft im Uebrigen die eingelegte Berufung, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 2. November 1848.

Advokaten: Compes — Forst.

Cession. — Falliment. — Spätere Zustellung der Cession an die debitores cessi. — Syndik.

Die Cession, welche von dem Falliten zwar vor dem Fallimente gethätigt, aber erst nach dem Tage, auf den die Fallimentseröffnung definitiv festgesetzt worden, an die Schuldner zugestellt wird, kann von den Syndiken als Repräsentanten der Gesammtheit der Gläubiger als nichtig und wirkungslos angefochten werden.

Art. 1689, 1690 B. G. B., Art. 528 H. G. B.

Schehl — Fallit Pungs.

Die Gebrüder Pungs in Odenkirchen hatten ihrem Gläubiger Schehl zur theilweisen Deckung einer angeblichen größern Forderung eine Reihe von Ausständen im Betrage von 8578 Thlr. 21 Sgr. durch notariellen Akt vom 21. November 1846 übertragen. Am 27. wurden die Gebrüder Pungs fallit erklärt und durch ein späteres rechtskräftig gewordenes Erkenntniß die Eröffnung des Falliments definitiv auf den 22. November ejusdem festgestellt. Bei Gelegenheit des Verifikations-Verfahrens, bei welchem Schehl eine Forderung von 22023 Thlr. 23 Sgr. 8 Pfg. zum Passivstatus anmeldete, entspann sich zwischen ihm und dem Syndikate die Frage über die Gültigkeit seiner Cession. Das Syndikat behauptete deren Nichtigkeit,

1) weil sie geschehen zur Deckung nicht verfallener Schulden, Art. 446 des H. G. B.;
2) weil die Ueberlieferung der Titel der cedirten Forderungen, so wie
3) die Signification der Cession an die Schuldner jedenfalls erst nach dem 22. November, dem Tage auf welchen das Falliment definitiv zurückgesetzt worden, stattgefunden habe.

Nach einer interlocutorischen Entscheidung vom 11. März 1848 erkannte das Handelsgericht zu Crefeld durch das nun angegriffene Urtheil vom 14. April 1848 nach dem Antrage der Syndike, und erklärte die Cession für nichtig. Der Grund dieser Entscheidung wird darin gefunden, daß

1) die Forderungen Schehl's, zu deren Deckung die Cession geschehen, nicht fällig gewesen, und

2) die Uebergabe der Titel der cedirten Forderungen nicht rechtzeitig statt gefunden.

Die gegen dieses Urtheil Seitens Schehl unter Bestellung des Advokaten Forst zum Anwalte eingelegte Berufung, stützte dieser namentlich darauf, daß die Gründe des ersten Richters nicht stichhaltig seien, wogegen der für das appellatische Syndikat bestellte Anwalt Wallraf jene Gründe zu vertreten und namentlich aus dem Art. 1690 des B. G. B. zu deduziren suchte, daß schon der Umstand allein die Entscheidung des ersten Richters rechtfertige, daß unbestrittener Maßen die Signification der Cession an die debitores cessi erst nach dem 22. November, dem Tage des Falliments stattgefunden, somit hinsichtlich Dritter und also auch hinsichtlich der nach Art. 528 des H. G. B. durch die Syndike vertretenen Masse-Gläubiger als wirkungslos zu betrachten.

Der Hof entschied, übereinstimmend mit den von dem öffentl. Minist. entwickelten Ansichten, wie folgt:

I. E. daß nach Art. 1690 des B. G. Buchs der Cessionar in Ansehung dritter Personen erst in dem Augenblicke das Eigenthum einer ihm übertragenen Forderung erlangt, wo er dem debitor cessus die Cession zustellen läßt;

Daß mithin, ehe und bevor diese Insinuation geschehen, in Beziehung auf Dritte die cedirte Forderung noch einen Theil des Vermögens des Cedenten bildet und die zwischen dem Cedenten und dem Cessionar gethätigte Cession einem Dritten, welcher an dem Vermögen des Ersteren Rechte erworben hat und dieselben geltend machen will, mit rechtlicher Wirkung nicht entgegengesetzt werden kann;

Daß nun nach Art. 442 und flgde des H. G. B. von dem Tage eines Falliments an Alles, was damals noch zum Vermögen des Falliten gehörte, ein gemeinsames Objekt der Befriedigung für sämmtliche Gläubiger bildet;

Daß auch die Gesammtheit dieser Gläubiger einem jeden Gläubiger gegenüber, welcher ihnen mit einer, zwischen ihm

und dem Falliten abgeschlossenen Cession entgegentritt, als eine dritte Person erscheint und somit die Syndiken eines Falliments, welche nach Art. 528 des H. G. B. die Gesammtheit der Gläubiger vertreten, als deren Repräsentanten vollkommen befugt sind, eine jede nicht vor dem Tage des Falliments gehörig zugestellte Cession von Forderungen des Falliten, deren Eigenthum mithin noch nicht aus dem Vermögen des Cedenten auf den Cessionar hinsichtlich eines jeden Dritten übergegangen ist, als wirkungslos und nichtig anzufechten und die Sache so anzusehen, als habe überhaupt gar keine Cession Statt gefunden;

J. E. daß nun von diesem Gesichtspunkte aus durch die von den Partheien abgegebenen Erklärungen für den vorliegenden Fall thatsächlich feststeht, daß eine Zustellung der Cession der in Rede stehenden Forderungen an die abgetretenen Schuldner des Cedenten vor dem 22. November 1846 — dem Tage des Falliments — nicht erfolgt ist;

Daß somit schon aus diesem Grunde in Gemäßheit der vorhin angeführten gesetzlichen Bestimmungen die Cession vom 21. November 1846 nichtig erscheint und die Entscheidung des ersten Richters sich rechtfertigt;

Daß deshalb auch eine fernere Prüfung der Gründe, welche appellatischer Seits noch außerdem gegen die Gültigkeit der fraglichen Cession angeführt und von dem Kgl. Handelsgerichte zur Begründung seiner Entscheidung adoptirt worden sind, auf sich beruhen bleiben kann;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Gladbach vom 14. April dieses Jahrs unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 30. October 1848.

Advokaten: Forst — Wallraf.

Rückbehaltung des Kaufpreises. — Auflösung des Kaufvertrages.

Der Käufer eines Grundstücks, welcher nach Art. 1653 des B. G. B. zur Rückhaltung des Kauf-

preises befugt ist, hat aus den nämlichen Gründen auch die Klage auf Auflösung des Kaufvertrages *).

Menninger — Kappes.

Die Gebrüder Menninger zu Andernach verkauften der Wittwe Kappes ein daselbst belegenes, mit Hypotheken beschwertes Haus unter dem Versprechen, vor Zahlung des ersten Termins, den Nachweis der Hypothekenfreiheit zu liefern. Da ungeachtet einer Sommation nach dem Verfalltag das verkaufte Objekt von den Hypotheken nicht befreit worden, klagte die Käuferin gegen die Gebrüder Menninger beim Kgl. Landgericht zu Coblenz auf Resiliation und Schadens-Ersatz. Der Richter erkannte der Klage gemäß. Auf die Berufung der Beklagten, welche sich im Wesentlichen auf die von der Appellatin bestrittene Ansicht stützte, daß der Art. 1653 des B. G. B. unter gewissen Bedingungen nur die Retention des Kaufpreises gestatte, der Art. 1184 ibid. aber nicht anwendbar sey, hat der Gerichts-Hof folgendes bestätigende Urtheil erlassen:

J. E. daß in dem Kaufvertrage vom 7. August 1844 der erste Termin zur Zahlung des Kaufschillings auf den 11. Nov. 1845 festgesetzt und in dem vierten Artikel dieses Vertrages ferner bestimmt ist, daß die Verkäufer vor Zahlung des ersten Termins die Hypothekenfreiheit der verkauften Immobilien nachweisen müssen, widrigenfalls Käuferin bis dahin, daß Solches bewirkt worden, die Zahlung verweigern könne;

Daß die Appellanten dieser Verbindlichkeit, obwohl durch Vorladung zum Vergleichsbureau vom 25. Aug. 1846 in Verzug gesetzt, bisher nicht nachgekommen sind;

J. E. daß, wenn auch in dem Kaufvertrage nur davon die Rede ist, daß die Appellatin die Zahlung bis zum Nachweis der Hypothekenfreiheit verweigern könne und in Gemäßheit des Art. 1653 des B. G. B., falls jene Bestimmung des Kaufvertrags nicht vorhanden wäre, die Appellanten sogar das Recht hätten, gegen Caution die Zahlung zu verlangen; hieraus doch nicht folgt, daß der Appellatin die Befugniß genommen sey, auf Grund des Art. 1184 des B. G. B.

---

*) Vergl. die Sache: Eschbach — Wichterich, unten S. 200.

wegen Nichterfüllung Seitens der Appellanten auf Auflösung des Vertrags zu klagen, da die Appellatin, so lange die Hypotheken bestehen, stets im Besitze des Kaufobjekts gefährdet ist und mit Sicherheit über dasselbe eine Disposition nicht treffen kann;

Daß übrigens der Appellatin die Einrede, daß sie ihrer Seits den Vertrag nicht erfüllt habe, nicht entgegensteht, da für sie die Verbindlichkeit zur Zahlung der Kaufschillinge erst nach vorherigem Nachweis der Hypothekenfreiheit vertragsmäßig eintreten sollte.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung wider das Erkenntniß des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 10. Februar 1848 mit Strafe und Kosten.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 6. November 1848.

Advokaten: Stupp — Mauß.

Cession bedingter, nicht fälliger Forderungen. — Signification. — Arrestschlag. — Eintragung der Beschlagnahmeverfügung.

Auch bedingte und nicht fällige Forderungen können Gegenstand einer Cession seyn. Mit der Signifikation einer solchen Cession an den Schuldner hört das Recht der Gläubiger des Cedenten, diese Forderungen mit Beschlag zu belegen, auf.

Durch die Eintragung der Beschlagnahmeverfügung in's Hypothekenbuch werden die Miethen der saisirten Immobilien zu Gunsten der inscribirten Gläubiger nicht von Rechtswegen betroffen; — erst die wirkliche Arrestirung derselben hat diese Wirkung.

Engels u. Delbermann — Giesen.

Die verklagte Handlung Engels et Delbermann hatte zufolge Urkunden vom 11. März und 17. November 1842 von Richard Moll eine Fabrikanlage für die jährliche Summe

von 3150 Thlr. bis 1852 gemiethet. Von der zuerst erfallenden Rate hatte Richard Moll dem heutigen Appellaten den Betrag von 520 Thlr. 23 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen vom 28. November 1842, durch Urkunde vom 29. November 1843, übertragen, und war diese Cession am 6. Dezember 1843 der Handlung Engels et Oelbermann signifizirt worden. Durch Ladung vom 15. April 1847 ließ Giesen die Handlung Engels et Oelbermann an das Kgl. Landgericht zu Elberfeld vorladen, um zur Zahlung dieser Summe mit Zinsen und Kosten verurtheilt zu werden.

In erster Instanz wurde auf einen nicht hierher gehörigen Beweis erkannt; die Verklagten appellirten und behaupteten die Klage hätte gänzlich abgewiesen werden müssen, weil zur Zeit der Cession noch keine Forderung bestanden, da Miethforderungen de jour à jour existent würden und damals Engels et Oelbermann nichts schuldig gewesen, daß somit der Arrestschlag der Wittwe Moll im Februar 1844 die Miethe in ihren Händen noch ergriffen hätte, daß jedenfalls dies durch die hypothekarische Eintragung derjenigen Beschlagnahme geschehen sey, welche die Wittwe Hasenclever im September 1844 gegen den Schuldner Moll ausgebracht hätte.

Der Gerichtshof entschied indeß, wie folgt:

J. E., daß die Appellantin sich durch das angegriffene Urtheil in der dermaligen Lage der Sache ausdrücklich nur in so weit für beschwert erachtet, als der Appellat mit der Klage nicht ohne Weiteres abgewiesen worden,

1) weil in dem der Appellantin am 6. Dezember 1843 bekannt gemachten Cessionsacte vom 29. November 1843 eine zu dieser Zeit noch nicht bestandene Forderung übertragen worden, die Cession einer solchen aber an sich unwirksam sey, den Appellaten zum ausschließlichen Eigenthümer der Forderung zu machen;
2) weil nicht nur die fraglichen Miethgelder mit Arrest belegt, sondern auch die vermietheten Realitäten selbst zum Zwecke der Subhastation in Beschlag genommen und im Zwangsverfahren versteigert worden seyen;

J. E., daß, soviel den ersten Beschwerdegrund betrifft, dem Appellaten auf Höhe von 520 Thlr. 23 Sgr. 6 Pf. allgemein diejenigen Miethgelder cedirt worden sind, welche der

Cedent Moll in Folge zweier Miethverträge vom 11. März und 7. November 1842 von der Appellantin zu fordern hat und der Appellant dermalen diejenigen Miethgelder für jenen Betrag in Anspruch nimmt, welche seit dem Tage der Cession verfallen sind;

Daß auch bedingte und noch nicht verfallene Forderungen Gegenstand einer Rechtsüberweisung sind und der Cessionar vom Zeitpunkte der Bekanntmachung der Cession an den Schuldner ein ausschließliches Recht auf die übertragene Forderung erwirbt, gegen welches die Gläubiger des Cedenten nur in so fern aufkommen können, als die Rechtsbeständigkeit des Uebertrages der Einrede unterliegt, daß er zum Betruge derselben geschehen, was im vorliegenden Falle gar nicht behauptet worden ist;

Daß, wenn sonach der Appellat mit dem Zeitpunkte der der Appellantin geschehenen Bekanntmachung der Cession Eigenthümer des cedirten Forderungsbetrages unter denselben Bedingungen geworden, unter welchen der ursprüngliche Gläubiger Moll es bis dahin gewesen, hieraus sich als rechtliche Folge ableitet, daß die Appellantin nicht befugt ist, auf diesen Theil ihrer Schuld etwas in Aufrechnung zu bringen, was der Cedent Moll ihr aus andern Geschäften, als aus den den Titel der cedirten Forderung darstellenden Miethverträgen vom 11. März und 7. November 1842 nach jenem Zeitpunkte schuldig geworden seyn möchte;

Daß deshalb auch die Appellantin sich darüber nicht zu beschweren hat, daß ihre Angabe, Moll habe ihr am 5. Februar 1844 nicht nur 913 Thlr. 21 Sgr., sondern 1682 Thlr. aus anderweiten Geschäften verschuldet, in dem angegriffenen Urtheile keine Berücksichtigung gefunden, da die Appellantin es sogar an der Behauptung hat fehlen lassen, daß dieser höhere Schuldbetrag bereits vor dem 6. Dezember 1843, dem Tage der Bekanntmachung der in Frage stehenden Cession, vorhanden gewesen sey;

J. E., auf den zweiten Beschwerdegrund,

Daß nach der eigenen Angabe der Appellantin der angeblich die Miethgeschäfte mit betreffende Arrest erst im Februar 1844 nach der Zustellung des Cessionsacts des Appellaten ausgebracht worden, derselbe daher das durch die Cession dem Appellaten erworbene Recht eben so wenig aufzuheben oder zu

schmälern geeignet war, als nachgewiesen ist, daß ihm eine Folge gegeben worden sey, die Wirksamkeit der fraglichen Cession aber durch das nach Anlegung jenes Arrestes ausgebrachte Subhastationsverfahren nicht alterirt worden ist, da die Appellantin selbst nicht behauptet, daß bei oder nach der Beschlagnahme der vermietheten Gegenstände die nach der Eintragung dieser Beschlagnahme ins Hypothekenbuch verfallenen Miethen von Hypothekargläubigern auf den Grund des §. 8 der Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822 mit Arrest belegt worden seyen.

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 19. Novbr. v. J. unter Verurtheilung der Appellantin in die Kosten der zweiten Instanz und in die Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 12. Oktober 1848.

Advokaten: Seligmann — Wallraf.

Kaufvertrag. — Einrede der Nichterfüllung.

Der Verkäufer kann die exceptio non adimpleti contractus der Klage des Käufers nicht entgegen setzen, falls er selbst bei Erfüllung des Vertrags in Verzug ist.

Eschbach — Wichterich.

In einem Kaufcontract hatte der Käufer ꝛc. Eschbach verschiedene auf den verkauften Immobilien haftende Hypotheken und andere persönliche Schulden des Verkäufers in partem pretii übernommen, zugleich versprochen einen Theil derselben sowie den Rest des Kaufschillings zu bestimmten Terminen abzutragen; — der Verkäufer Wichterich dagegen ausdrücklich versichert, daß die verkauften Immobilien mit keinen andern als den im Vertrage namhaft gemachten hypothekarischen Schulden belastet seyen. Es ergab sich aber in der Folge, daß außer diesen noch andere Hypotheken darauf hafteten.

Die Erben des Käufers unterließen die versprochenen Zahlungen und belangten nach vorgängiger Sommation den Verkäufer vor das Kgl. Landgericht zu Köln auf Ueberliefe-

rung des Kaufobjectes und auf Schadens-Ersatz, gestützt auf die Thatsache, daß Beklagter in der übereingekommenen Zeitfrist und bis jetzt die Immobilien nicht geräumt habe, und in jure auf den Art. 1610 des B. G. B.

Der Beklagte contestirte die Klage hauptsächlich aus dem Grunde, weil die Kläger der Stipulation des Kaufacts zuwider die versprochene Zahlung der Kaufgelder unterlassen resp. verweigert, daher zur Zeit keine Klage haben. Uebrigens brachte Beklagter einige Privat-Quittungen vor, behauptend, daß die Hypotheken getilgt seyen, wogegen die Kläger die Beweiskraft, sowie die Relevanz jener Stücke bestritten.

Der Haupteinrede setzten die Kläger die Behauptung entgegen, daß sie zur versprochenen Zahlung erst dann gehalten seyn könnten, wenn die Grundstücke von den verschwiegenen Hypotheken befreit seyn würden.

Das Kgl. Landgericht trat der Ansicht des Beklagten bei, indem dasselbe folgendes abweisendes Urtheil erließ:

J. E., daß nach Art. 1612 des B. G. B. der Verkäufer dann nicht schuldig seyn soll, die verkaufte Sache zu überliefern, wenn der Käufer den Kaufpreis nicht gezahlt hat, und demselben auch eine Zahlungsfrist nicht bewilligt worden;

Daß aber im untergebenen Falle die Kläger selbst eingeräumt haben, daß sie einen Theil des im Kaufact vom 28. Februar 1844 vereinbarten, zur Zeit der Klage erfallenen Kaufpreises noch nicht bezahlt haben, und dieselben deshalb auch nicht befugt erscheinen, die Ueberlieferung der angekauften Grundstücke zu verlangen;

Daß das Begehren der Kläger auch dadurch nicht gerechtfertigt werden kann, daß auf den gedachten Grundstücken, nach Ausweis des vorliegenden Hypotheken-Attestes, verschiedene Hypotheken zum Nachtheil des Beklagten eingetragen sind, deren Beseitigung diesen Letztern obliegt; indem auch abgesehen von den vom Beklagten dieserhalb producirten Quittungen, die Kläger immerhin auch in dieser Beziehung nur gegen Erfüllung des gedachten Kaufvertrags von ihrer Seite die Vollziehung desselben gegen den Beklagten zu fordern berechtigt sind.

Aus diesen Gründen

weiset das Kgl. Landgericht die angehobene Klage als zur Zeit unbegründet ab, und verurtheilt die Kläger in die Kosten.

Auf die von den Klägern eingelegte Berufung hat der A. G. H. folgendes reformatorische Erkenntniß erlassen:

J. E. daß die auf Einräumung des Besitzes gerichtete Klage auf den Vertrag vom 28. Februar 1844 gestützt wird, wonach Appellat schon am 22. Februar 1845 zur Ueberlieferung der verkauften Immobilien verpflichtet war;

Daß nun zwar Appellanten zufolge ihrer Erklärung vom 20. Februar 1845 einen Theil des Kaufgeldes nicht bezahlt haben und Appellat deshalb seinerseits unter Bezugnahme auf den Art. 1612 B. G. B. die Ueberlieferung mit Grund verweigern zu können glaubt;

Daß jedoch die Bestimmung des Art. 1612 cit. — in Widerspruch mit der bei Erfüllung der Verträge anzunehmenden bona fides der Partheien — nicht auf den Fall ausgedehnt werden darf, wo die Nichtzahlung des Kaufpreises in einer Schuld des Verkäufers oder einem durch ihn herbeigeführten Hindernisse ihren Grund hat, wodurch es für den Käufer eine factische, oder rechtliche Unmöglichkeit geworden ist, gültigerweise und ohne eigenen Nachtheil die Zahlung zu leisten;

Daß ein solcher Fall hier vorliegt, indem auf den verkauften Immobilien Ausweise des von den Appellanten beigebrachten Hypotheken-Auszuges vom 15. März 1847 noch andere, als die in dem Kaufacte von dem Appellaten angegebenen Hypotheken haften und Appellanten daher Gefahr laufen würden, Sache und Kaufpreis zugleich zu verlieren;

Daß sie daher mit Recht auf die Bestimmung des Art. 1653 B. G. B. sich berufen und mit der Versicherung des Appellaten, daß die inscribirten Forderungen getilgt seien, ebensowenig sich zu begnügen brauchen, wie mit den etwaigen Quittungen der betreffenden Gläubiger, vielmehr auf wirkliche Löschung der Hypotheken bestehen können, bevor sie zur Zahlung des übrigens verhältnißmäßig geringen Kaufgelderrestes angehalten werden dürfen;

Daß endlich der Antrag der Appellanten auf Verurtheilung des Appellaten zum Schadensersatz durch die Art. 1610 und 1611 B. G. B. in Verbindung damit, daß Appellat durch die Aufforderung der Appellanten vom 20. Februar 1845 in Verzug gesetzt ist, im Allgemeinen begründet erscheint.

Aus diesen Gründen

erkennt der Kgl. Rh. A. G. H. unter Reformation des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 29. April 1848, verurtheilt den Appellaten die folgenden früher zu seinem unter Art. 107 der Mutterrolle der Gemeinde Dürscheid aufgeführten Ackergute gehörigen Immobilien:

1) das alte Wohnhaus conf. Antrag der Appellanten — Nro. 8 incl.

sofort zu räumen und an die Appellanten abzutreten, verurtheilt denselben ferner den Appellaten gegenüber zu einem wegen verzögerter Ueberlieferung dieser Immobilien nach Status näher zu liquidirenden Schadensersatz und in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder.

I. Civilsenat. Sitzung vom 6. November 1848.

Advokaten: Mauß — Müller.

Berufung des Garantieverklagten gegen den Hauptkläger. — Kaufvertrag. — Fensterrecht.

Der Garantieverklagte, welcher in erster Instanz den Rechtsstreit gegen den Hauptkläger nicht übernommen und keine Anträge gegen denselben formirt hat, ist nicht befugt, Appellation gegen den Hauptkläger einzulegen. *)

Wer ein Haus mit allen Rechten und Lasten kauft, hat sich über die rechtliche Existenz der an demselben befindlichen Fenster zu vergewissern; in Ermangelung besonderer Stipulation ist der Verkäufer nicht verpflichtet, ihm für das Fortbestehen dieser Fenster, für das Fensterrecht, Gewähr zu leisten. Art. 182, 184 B. P. O. 1638 B. G. B.

Buchacker — Englerth u. Schüller.

Paul Schüller zu Eschweiler belangte den Robert Englerth daselbst bei dem Kgl. Landgerichte zu Aachen auf sofortige

*) Vergl. Sirey 1843. 1. 582. 685 u. das. cit. Urth. — Archiv 39. 1. 260.

Vermauerung oder Wegschaffung von sieben Fenstern und zwei Rauchfängen, welche sich in der Giebelmauer des Hauses des Beklagten nach dem Eigenthum des Klägers hin befänden. Er bezog sich zur Begründung der Klage auf die Bestimmungen des Gesetzes. Englerth, welcher das Haus durch Act vom 28. April 1846 von dem Kaufmanne Buchacker zu Eupen gekauft hatte, adcitirte den Buchacker und behauptete: er habe, bei dem Mangel einer Erwähnung der Fenster und Rauchfänge in dem Kaufacte, um so eher annehmen müssen, daß die Existenz derselben sich auf ein wirklich bestehendes Recht stütze, als die Fenster mit nach außen sich öffnenden Schlägen versehen und die Röhren der Rauchfänge aus der Mauer in den anschießenden Luftraum hineinragend seyen, Adcitat Buchacker müsse ihn daher gegen die Klage vertreten und eventuell die Auflösung des Kaufvertrags nebst Schadensersatz erleiden, weil durch die Beseitigung der fraglichen Einrichtungen das Haus in hohem Grade entwerthet werde. Buchacker bestritt die Pflicht zur Gewährleistung, indem er auszuführen suchte, daß er so verkauft habe, wie er besessen, und daß es Sache des Appellanten gewesen wäre, sich die rechtliche Existenz der fraglichen Einrichtungen des ihm der Lokalität und dem Alter nach wohlbekannten Hauses zu sichern; zwar sey zwischen ihm Buchacker und einem gewissen Wilhelm Jock dem Rechtsvorgänger des Hauptklägers Schüller am 3. November 1824 ein Vertrag unter Privatunterschrift geschlossen worden, wonach Schüller die Fenster bis zu einem etwaigen Anbauen dulden zu wollen erklärt habe, an diesen Vertrag habe aber Adcitat aus Vergessenheit beim Verkaufe an Englerth nicht mehr gedacht, und Adcitant Englerth habe das bloße Vorhandenseyn der Fenster um so weniger als Beweis ihrer rechtlichen Existenz ansehen können, als bekannten Rechtens das Vorhandenseyn einer Fensterservitut noch nicht die servitus altius non tollendi involvire.

Bei der Verhandlung wurde für Schüller dem Petitum der Klage gemäß, für Buchacker auf Abweisung der Regreßklage und für Englerth dahin concludirt, daß das Kgl. Landgericht über die Ansprüche des Klägers das Rechtliche entscheiden, eventuell den Adcitaten für regreßpflichtig und den Kaufvertrag vom 28. April 1846 unter Verurtheilung zum Schadensersatz für aufgelöst erklären wolle. Rücksichtlich der beiden Rauchfänge ergab es sich, daß dieselben zur Zeit des Kauf-

vertrags nicht vorhanden gewesen und Englerth erklärte sich bereit, die Oeffnungen sofort zu schließen und die Röhren wegzuschaffen, indem er zugleich in dieser Beziehung von der Beiladung Abstand nahm. Das Kgl. Landgericht erkannte am 18. Juni 1847 sowohl der Klage als der Adcitation gemäß.

Gegen dieses Urtheil, welches dem Englerth auf Anstehen des Schüller am 14. August 1847 insinuirt wurde, ergriff Buchacker am 18. August sowohl dem Schüller als dem Englerth gegenüber das Rechtsmittel der Berufung. Beim Rh. A. G. H. wurde für den Appellanten angetragen: unter Reformation des landgerichtlichen Urtheils entweder die von dem Appellaten Schüller erhobene Hauptklage abzuweisen und dadurch die Garantieklage des Appellaten Englerth für erledigt zu erklären oder aber die Regreßklage selbst, jedenfalls aber den Antrag des Appellaten Englerth auf Auflösung des Kaufvertrags vom 28. April 1846 abzuweisen.

Dieser Antrag stützte sich auf die Ausführung: daß für die Fenster keineswegs ein bloßes precarium vorliege, daß dieselben vielmehr durch den erwähnten Privatact vom 3. Nov. 1824 an sich authorisirt seyen, nur unter der Beschränkung, daß sie, im Falle der Besitzer von Jocks Grundstück bauen wolle, verbaut werden dürften, daß hiernach Schüller die Fenster entweder habe verbauen oder auf Anerkennung des Rechtes zu verbauen habe klagen dürfen, keineswegs aber befugt gewesen sey, auf Wegschaffung zu klagen. Soviel dann die Regreßklage betreffe, so habe nach dem Vertrage vom 28. April 1846 Buchacker dem Englerth das Gebäude mit allen Activ= und Passiv=Dienstbarkeiten verkauft, wie es der Verkäufer selbst besaß. Sogar dann, wenn man dafür halten sollte, daß der Ankäufer wegen des Mangels einer speciellen Erwähnung des in Betreff der Fenster bestehenden Sachverhältnisses im Kaufact, zu der Annahme berechtigt gewesen wäre: daß die Fenster legal beständen, würde Buchacker nichts zu garantiren haben. Der Ankäufer nämlich habe aus dem Bestehen der Fenster nur präsumiren können, daß der Nachbar das Recht nicht habe, die Schließung der Fenster zu verlangen. Das Vorhandenseyn von Schlagläden sey hierbei unerheblich, da solche Läden kein Interesse für sich haben, sondern nur accessorisch zu den Fenstern gehören; in keinem Falle sey der Ankäufer zu der Präsumtion berechtigt gewesen, daß dem Hause die fernere Activservitut anklebe, den Nach-

bar am Aufbauen zu hindern und auf diese Weise dem möglichen Verbauen der Fenster entgegenzutreten. Dies Untersagungsrecht sey keineswegs von Rechtswegen mit der Existenz der Fenster verknüpft *) und müsse eine besondere Bewilligung des Nachbars für sich haben; wenn Englerth eine solche Activservitut mit dem Gebäude erwerben wollte, so hätte er sie im Vertrage stipuliren müssen und da solches nicht geschehen, so könne er sie von seinem Verkäufer nicht fordern. Die bloße rechtliche Existenz der Fenster an sich, bis zum Verbauen derselben durch den Nachbar, bestehe aber auch nach dem Acte vom 1. November 1824. Endlich machte Appellant geltend, daß die Fortdauer jener Fenster nicht von der Erheblichkeit sey, um davon das Eingehen und den Bestand des Vertrages abhängig zu machen, daß mithin der erste Richter mit Unrecht den Art. 1638 des B. G. B. angewendet habe.

Der Anwalt des Appellaten Schüller setzte der Berufung den Einwand entgegen, daß der Garantiebeklagte und Appellant Buchacker in erster Instanz ihm, dem Hauptkläger, nicht entgegen gestanden, keine Anträge gegen ihn genommen, noch viel weniger fait et cause des Beklagten gegen ihn übernommen habe, folglich auch ihm gegenüber die Berufung nicht habe einlegen können; er beantragte Abweisung der Berufung als unzulässig und unbegründet. Gegen die Einrede der Unzulässigkeit wurde von dem Anwalte des Appellanten erwidert: wenn in erster Instanz der Hauptbeklagte sich auf den Antrag beschränkt habe, das Gericht möge das Rechtliche entscheiden, so sey dies immerhin eine negative Litiscontestation gewesen; wenn ferner der Adcitat so wenig seine Regreßpflichtigkeit für begündet erachtet habe, daß er in erster Instanz nicht für nöthig gefunden habe, auch der Hauptklage direkt entgegenzutreten, so schließe dies seine weitere bessere Vertheidigung in zweiter Instanz nicht aus. Durch den Beklagten adcitirt, habe er das Recht sich sowohl durch Bestreitung der Hauptklage als durch Bestreitung der Regreßpflicht zu vertheidigen, die Berufung sey nur Fortsetzung der Vertheidigung, er sey daher befugt gewesen, dem Hauptkläger gegenüber Appell einzulegen, um in zweiter Instanz besser, als in der ersten, die ihm zuständigen Vertheidigungsmittel anzuwenden.

*) Vergl. Archiv 32. 1. 116, 269. — 34. 1. 59, 83. — 36. 2. 11.

Für Englerth wurde der Antrag gestellt, die Berufung zu verwerfen, subsidiarisch ihn zum Beweise zuzulassen, daß durch das Wegfallen der fraglichen Aussichtsfenster dem Hause das nöthige Licht entzogen werden und dasselbe eine bedeutende Entwerthung erleiden würde, eventuell für den Fall einer Reformirung des Urtheils a quo, auch zu Gunsten des Englerth die Hauptklage abzuweisen.

Der Rh. A. G. H. entschied wie folgt:

Was die von Seiten des Coappellaten Schüller der Berufung, soweit sie ihn angeht, entgegengesetzte Einrede der Unzulässigkeit betrifft.

J. E. daß Appellant in erster Instanz lediglich die Abweisung der Garantieklage des Coappellaten Englerth verlangt, für denselben aber den Rechtsstreit gegen den Hauptkläger Schüller nicht übernommen, und überhaupt gegen den Letztern keine Anträge formirt hat;

Daß daher in erster Instanz Appellant nur dem Englerth, und Schüller ebenfalls nur dem Englerth als Parthei gegenüber stand, da Schüller seiner Seits bei der Art und Weise, wie Appellant sich vertheidigte, gar nicht in der Lage war, Anträge gegen ihn zu nehmen und eine Condemnation gegen ihn zu erwirken;

Daß die Garantieklage zwar allerdings gesetzlich die Bestimmung hat, den Adcitaten zur Vertheidigung des Adcitanten gegen die Hauptklage herbeizurufen, und ihn hierdurch dem Kläger als Parthei gegenüber zu stellen;

Daß hieraus aber weiter nichts gefolgert werden kann, als daß der Kläger den Adcitaten, wenn er nämlich den Rechtsstreit für den Beklagten übernimmt, als einzigen Gegner oder wenigstens als Streitgenossen des Beklagten sich gefallen lassen, und sich gegen die von ihm der Hauptklage entgegengesetzten Einreden vertheidigen muß;

Daß aber der Garantiebeklagte durch die bloße Beiladung zum Proceß, — wenn er die Garantiepflicht bestreitet, und weder den Rechtsstreit für den ursprünglichen Beklagten übernimmt, noch sich demselben als Streitgenosse anschließt, — nicht zum Gegner des Klägers wird, was sich schon allein daraus ergibt, daß der Kläger in Gemäßheit des Art. 184 B. P. O. in dem Falle, wenn die Haupt- und die Garantieklage nicht gleichzeitig spruchreif sind, um die letztere sich nicht

weiter zu kümmern braucht, vielmehr eine besondere Entscheidung über die Hauptklage allein verlangen kann;

Daß daher dem Appellanten, dem Coappellaten Schüller gegenüber, die zur Ergreifung des Rechtsmittels der Berufung erforderliche Qualität eines Gegners im Proceß abgeht;

Daß zwar ferner nach Art. 182 ibid. bei der garantie formelle — um welchen Fall es sich hier allerdings handelt, — dem Garantiebeklagten gestattet ist, in jeder Lage des Processes, also ohne Zweifel auch in zweiter Instanz, den Rechtsstreit für den Hauptbeklagten zu übernehmen;

Daß aber eine solche Uebernahme des Processes nothwendig einen schwebenden Rechtsstreit voraussetzt, — eine Voraussetzung, welche hier nicht zutrifft, da das Verfahren in erster Instanz durch ein Definitiv-Erkenntniß geschlossen, und Englerth, bis dahin der einzige Gegner des Schüller, gegen dasselbe ein Rechtsmittel nicht ergriffen hat, weshalb es in Rechtskraft übergegangen, und hierdurch die Hauptklage definitiv erledigt ist;

Daß endlich auch Appellant über eine Beschränkung seines Vertheidigungsrechts sich nicht zu beschweren hat, da ihm durch die Adcitation das Mittel geboten war, rechtzeitig von allen seinen Einreden gegen die Hauptklage Gebrauch zu machen, und er es sich daher selbst beizumessen hat, wenn er seine Vertheidigung verabsäumte.

Zur Berufung gegen den Coappellaten Englerth.

J. E. daß der Art. 1638 B. G. B. auf welchen die Garantieklage des Appellaten Englerth gestützt ist, lediglich den Fall vor Augen hat, wenn das verkaufte Grundstück mit Dienstbarkeiten belastet ist, die nicht in die Augen fallen, und die dem Käufer bei Abschluß des Vertrags verheimlicht worden sind;

Daß aber die von Schüller erhobene Hauptklage keine confessorische, sondern eine Negatorienklage ist, indem keine auf dem Grundstücke des Englerth beruhende Diestbarkeit reclamirt wird, sondern der Zweck der Klage nur dahin geht, sich gegen die mit den Vorschriften der Art. 676 und flgd. B. G. B. in Widerspruch stehenden Eingriffe in die Freiheit des Eigenthumes des Klägers Schüller zu schützen;

Daß daher der Garantie-Anspruch sich durch den allegirten Art. 1638 nicht rechtfertigen läßt, die Entscheidung über die bestrittene Garantiepflicht vielmehr lediglich von der

rein factischen Frage abhängt, ob Appellant Buchacker dem Englerth durch den Vertrag vom 28. April 1846 mehr verkauft hat, als wovon er ihm den ruhigen Besitz gewähren kann;

Daß das, durch das angefochtene Urtheil dem Englerth aberkannte Fensterrecht zu den Activ-Servituten gehört, von denen es im Vertrage heißt: „der Verkauf geschieht rc. „mit allen Rechten und Gerechtigkeiten, Activ- und Passiv-„Servituten, so wie dieselben von dem Verkäufer und dessen „Autoren immer besessen und benutzt worden sind, oder doch „hätten besessen und benutzt werden können," — ohne daß eine solche Servitut und namentlich nicht die hier streitige ausdrücklich erwähnt oder garantirt worden wäre;

Daß dieser Clausel kein anderer Sinn unterlegt werden kann, als daß der Verkäufer sich des Grundstücks ohne allen Vorbehalt und mit allen Zuständigkeiten, welche er als Besitzer desselben hatte, zum Vortheil des Ankäufers begeben wollte;

Daß also darin eine ausdrückliche Zusicherung des fraglichen Fensterrechtes nicht gefunden werden kann;

Daß, wollte man auch annehmen, Englerth sey durch das Vorfinden förmlicher, sogar mit Schlagläden versehener, Aussichts-Fenster zur Unterstellung der rechtmäßigen Existenz derselben verleitet worden, er jedenfalls darüber nicht im Zweifel seyn konnte, daß die Befugniß zur Beibehaltung derselben nur auf einer ihm oder seinem Grundstück zustehenden Dienstbarkeit beruhen könne, da der Augenschein ihn lehrte, daß die Giebelseite seines Hauses weder an eine öffentliche Straße noch an sein Eigenthum, sondern an fremden Privatbesitz unmittelbar anstößt;

Daß es daher, da Servituten schon im Allgemeinen nicht vermuthet werden, an ihm war, sich über die Existenz und den Umfang der vermeintlichen Dienstbarkeit vor Abschluß des Vertrags zu vergewissern, oder wenigstens die genaueren Stipulationen darüber in den Vertrag selbst aufnehmen zu lassen;

Daß, da dieses verabsäumt worden, ein allenfallsiger Irrthum auf seiner Seite um so weniger die Ungültigkeit des Vertrags herbeiführen, oder auch nur eine Entschädigungsforderung begründen kann, als dieser Irrthum nicht die Substanz des Vertragsgegenstandes, sondern nur die Motive zum Abschluß des Kaufs betraf, und von dem Appellaten

selbst nicht behauptet wird, daß er auf dolose Weise in den Irrthum versetzt worden, sowie denn auch von einem verborgenen, der Sache anklebenden Fehler hier überall die Rede nicht seyn kann.

Aus diesen Gründen

weis't der ꝛc. Hof die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 18. Juni 1847 eingelegte Berufung, in Beziehung auf den Coappellaten Schüller, als unstatthaft zurück, und verurtheilt den Appellanten dieser Partei gegenüber in die Kosten dieser Instanz; reformirt dagegen dem Appellaten Englerth gegenüber das angegriffene Urtheil, weis't statt dessen die von Seiten des Englerth gegen den Appellanten erhobene Garantieklage als unbegründet ab; verurtheilt den Englerth, dem Appellanten gegenüber, in die Kosten beider Instanzen; verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 12. Januar 1848.

Advokaten: Kyll — Compes — Mauß.

Handelsgerichtliches Urtheil. — Provisorische Vollstreckbarkeit. — Cautionsleistung. — Vorladungsfrist. — Opposition. — Richtigkeit des Verfahrens. — Competenz.

Das Handelsgericht ist competent über eine gegen das zum Zwecke der provisorischen Vollstreckbarkeit seines Urtheils erfolgte Cautionsleistungs-Verfahren erhobene Opposition zu erkennen. — Die Vorladungsfrist zur Beiwohnung der desfallsigen Cautionsleistung ist die gewöhnliche in Handelssachen. Art. 415, 416, 439 — 442 B. P. O.

Paß — Jellinghaus u. Comp.

Auf die Klage des Kaufmanns Paß zu Dickeneich wurde die Handlung Jellinghaus et Comp. zum Dickenbusch durch Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 2. August d. J. verurtheilt an den Kläger 431 Thlr. nebst Zinsen zu 6% vom 22. Juli ejus. ab, zu zahlen.

Nachdem der Kläger dem Verklagten dieserhalb einen Zahlungsbefehl hatte zustellen lassen, legte Letzterer unter dem

21. August Berufung von dem ergangenen Urtheil ein. Hierdurch fand sich nun Paß veranlaßt, Schritte zu dem Ende zu thun, daß das ergangene Urtheil provisorisch vollstreckbar erklärt werde. Hierzu ließ er am 28. August die gegnerische Gesellschaft auffordern, am folgenden Tage Morgens 11 Uhr auf dem Secretariate des Handelsgerichts dabei gegenwärtig zu seyn, daß der Hammerschmied Johann Friedrich Engels zu Bliedinghausen zum Zwecke der provisorischen Vollstreckbarkeit jenes Urtheils als Bürge sich darstelle, und, für den Fall von Einwendungen gegen diesen Bürgen, am 30. August Nachmittags 4 Uhr vor dem Handelsgerichte zu erscheinen, um die gestellte Caution als zulässig erklären zu hören. Seitens der Gesellschaft erschien Niemand in beiden Terminen. Deshalb ließ Paß am letztern Tage derselben das Cautionsleistungsprotokoll mit wiederholtem Zahlungsbefehl zustellen. Hierauf erhob diese Opposition gegen das ganze Cautionsverfahren und gegen Alles, was darauf gefolgt sey, unter Protestation gegen alle Executionsmaßregeln, und Vorladung zu der Sitzung des Handelsgerichts vom 6. September, weil sie zu dem Termine vom 29. August nicht frühzeitig genug vorgeladen worden, und der gestellte Bürge weder Solvabilitätsdocumente vorgelegt habe, noch hinreichend solvent sey. Der Antrag wurde dahin gerichtet, das Cautionsverfahren für nichtig oder doch die Bürgschaftsstellung als ungenügend zu erklären, demzufolge die Execution zu stunden, und den Gegner zum Schadensersatze zu verurtheilen.

Durch Urtheil vom 8. September nahm das Handelsgericht die Opposition an, und erklärte das Bürgschaftleistungsverfahren mit Allem, was darauf gefolgt, für nichtig.

Von dieser Entscheidung hat nun Paß die Berufung ergriffen. Vor dem A. G. Hofe verlangte derselbe, daß das Handelsgericht für incompetent erklärt werde, weil in der Opposition auch auf Stundung der Execution angetragen worden, Handelsgerichte aber nach Art. 442 der B. P. O. unbefugt seyen, über die Vollziehung ihrer Erkenntnisse zu erkennen, eventuell, den Einspruch als unzulässig und ungegründet zu verwerfen. Die appellatische Gesellschaft trug auf Abweisung der Berufung an, indem der Richter a quo nur über die provisorische Vollstreckbarkeit des Urtheils, wozu er zufolge Art. 439—441 l. c. befugt sey, erkannt und das Cautionsverfahren aus guten Gründen vernichtet habe.

In Uebereinstimmung mit den Conclusionen des öffentl. Ministeriums verwarf der Rh. A. G. H. die Berufung durch nachfolgendes

Urtheil:

J. E., daß nach den Verfügungen des Art. 440 der B. P. O. das Verfahren wegen Regulirung der zum Zwecke der Vollstreckbarkeit eines handelsgerichtlichen Urtheils zu bestellenden Caution bei dem betreffenden Handelsgerichte einzuleiten ist;

Daß der Einspruch des Appellanten vom 1. Septbr. d. J. gegen das von dem Appellaten mittelst Acts vom 28. August d. J. auf Bürgschaftsstellung behufs provisorischer Vollstreckung des Urtheils vom 2. August d. J. eingeleitete Verfahren erhoben worden ist;

Daß der Einspruch in dieser Weise nicht gegen einen die Vollstreckung des Urtheils vom 2. August betreffenden Act, sondern gegen das zum Zwecke der Vollstreckbarkeit dieses Urtheils anhängig gewordene Verfahren gerichtet war, und sonach das Handelsgericht über einen Gegenstand seiner Cognition erkannt hat, die erhobene Incompetenzeinrede daher nicht begründet ist, insoweit nicht zugleich auch der dem Appellanten zugestellte Zahlungsbefehl vom 30. August darin begriffen ist, da über die Gültigkeit des Letztern zu erkennen das Handelsgericht nicht competent war;

J. E., daß, da in dem Art. 440 des H. G. B. eine Frist nicht besonders bestimmt ist, binnen welcher der Verurtheilte auf die an ihn ergangene Aufforderung zur Einsicht der die Zulänglichkeit der Bürgschaft betreffenden Urkunden und zur Geltendmachung etwaiger Einwendungen auf der Gerichtschreiberei zu erscheinen hat, für dieselbe daher die allgemeinen Vorschriften der Art. 415 und 416 der B. P. O. maßgebend seyn müssen und demnach das in der Hauptsache ergangene Urtheil aus den in demselben enthaltenen Gründen für gerechtfertigt zu erachten ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 6. September 1848 mit der nähern Bestimmung, daß die Folge der Nichtigkeit der Aufforderung vom 28. August d. J. auf die Verhandlung vom folgenden Tage zu beschränken u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 16. November 1848.

Advokaten: von Hontheim — Seligmann.

Gemeinschaft. — Theilung. — Gewährleistung. — Privilegium. — Immobilien. — Gesellschafter.

Das Privilegium pour la garantie du partage entsteht erst mit der vollständigen Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens. Wenn daher die Theilung der Immobilien früher vorgenommen worden, so gehen diese frei in das Eigenthum der einzelnen Theilhaber über. — Uebrigens ist auch Handelsgesellschaftern dieses Privilegium verliehen. Art. 2103 Nro. 3, 2109, 1872 des B. G. B.

Custor — Custor.

Johann Custor zu Mayen, und dessen verstorbener Bruder Joseph Custor, welcher mehrere Kinder hinterlassen, hatten von 1821 bis 1832 ein gemeinschaftliches Handelsgeschäft in Holz- und Fourage-Unternehmungen. Für dasselbe waren auch verschiedene Immobilien erworben worden, nämlich: ein Wohnhaus, Magazine und Mühlenthurm.

Auf die Klage des Johann Custor gegen seinen Bruder und resp. dessen Kinder wurden die Parteien von dem Handelsgerichte zu Coblenz zum Zwecke der Liquidation vor Schiedsrichter verwiesen. Diese erklärten hinsichtlich der Theilung der Immobilien ex officio sich incompetent durch Urtheil vom 2. August 1837; eine Entscheidung, welche jedoch durch Erkenntniß des Rh. A. H. vom 12. Juli 1838 abgeändert wurde. Der Hof erkannte vielmehr, daß die Schiedsrichter über alle Streitpunkte det Auseinandersetzung, also auch in Betreff der Theilung der Immobilien, zu erkennen hätten.

Seitdem ist in der Hauptsache, nämlich in Betreff der Liquidation der Handelsgeschäfte, eine Reihe von bloßen Interlokuten ergangen, und erst durch die Urtheile der Schiedsrichter vom 4. August 1846 und des A. G. Hofes vom 8. März1847 nur in folgenden Punkten eine definitive Feststellung erfolgt:

1) Bis zum Mai 1832 haben die verklagten Kinder Joseph Custor 1797 Thlr. zu fordern, wogegen sie von gemeinschaftlichen Ausständen 338 Thlr. eingezogen haben.

2) Der Kläger Johann Custor soll über seine Einnahme (die von den Richtern erster Instanz auf 18627 Thlr.

23 Sgr. festgestellt worden war), und über seine Ausgaben eine klare und übersichtliche Rechnung stellen.

Hinsichtlich der gemeinschaftlichen Immobilien hatten die Schiedsrichter unter dem 16. August 1841 die Theilung, am 27. Juni 1842 eine Expertise über die Theilbarkeit verordnet, und auf Grund des erstatteten Gutachtens durch Urtheil vom 24. September 1842 das Loos Nro. 1, bestehend aus dem Hause und dem Mühlenthurm, dem Joseph Custor, resp. dessen Kindern für 1669 Thlr., dagegen dem Johann Custor das 2te Loos, bestehend aus den Magazin-Gebäuden, für 1675 Thlr. eigenthümlich zugesprochen, und den Letztern verurtheilt, seinen Gegnern die 6 Thlr. des Mehrwerths heraus zu geben.

In dieser Lage der Sache nahm Johann Custor am 3. August 1843 unter Bezugnahme der obigen Urtheile, wodurch die zwischen ihm und seinem Bruder Joseph bestandene Handelsgesellschaft beurkundet und deren Theilung verordnet worden, bei dem Hypothekenamte zu Coblenz Inscription auf die vorhin bezeichneten, in das Loos der Kinder seines Bruders gefallenen Immobilien für die Summe von 2600 Thlr. als Betrag der Herausgabe, welche diese ihm aus der bestandenen Gemeinschaft zu leisten hätten.

Am 27. Juli 1847 erfolgte die Klage der Geschwister Custor auf Löschung des inscribirten Privilegiums, weil bei der Theilung der Immobilien von ihrer Seite eine Herausgabe nicht stipulirt worden, auch für den Verklagten bis dahin aus dem Theilungsverfahren ein Guthaben sich nicht ergeben habe, für ein eventuelles aber ein Privilegium nicht stattfinde.

Von dem Verklagten wurde hiergegen angeführt, wie das Privilegium von einer wirklich schon im Theilungsverfahren festgestellten Forderung nicht abhängig sey, vielmehr vom Gesetze im Allgemeinen zur Sicherstellung der Theilung gewährt werde, und eine Theilung hier, nämlich die der Immobilien, vollzogen sey.

Durch Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 4. Dezember v. J. ward die Löschung des eingetragenen Privilegiums verordnet, weil zum Entstehen desselben ein Forderungsrecht nöthig gewesen, wenn auch dessen Höhe noch nicht festgestanden, Verklagter aber ein solches darzuthun nicht im Stande gewesen sey.

Zur Begründung der von dem Verklagten ergriffenen Berufung ist Folgendes aufgestellt worden:

In den Art. 2103, 2109 u. 1872 des B. G. B. werde dem Gesellschafter bei der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens ein Privilegium pour la garantie du partage gewährt. Diese Worte könnten nur den Sinn haben, daß durch das Privilegium jeder Betheiligte sichergestellt werde, das zu behalten, was er als Antheil aus der Masse bezogen oder noch zu beziehen habe. Es müsse dieses ja für künftige und eventuelle Ansprüche eben so gelten, als für die bereits eröffneten, indem sonst das Privilegium häufig illusorisch sein würde. Es lasse sich der Fall denken, wo einem Mittheilenden das ihm zugetheilte Grundstück evinzirt, eine ihm zugefallene Forderung als nicht bestehend erkannt, derselbe angehalten wird, gemeinschaftliche Schulden über seinen Antheil hinaus zu bezahlen. Gegen diese Eventualitäten ihn zu schützen, sey die Absicht des Privilegiums. Wie könne nun aber dem Gesellschafter eine solche Garantie werden, wenn die Inscription nicht schon zu einer Zeit zulässig sey, wo, durch den gänzlichen Abschluß noch nicht feststehe, was der Eine dem Andern verschulde? Die Theilung der Immobilien gehe in der Regel der Liquidation und der Auseinandersetzung des Mobilars vorher. Dieses sey häufig dem Interesse der Parteien angemessen, und hier auch desfalls geschehen. Diese erfolge daher zu einer Zeit, wo man noch gar nicht wissen könne, wer dem Andern schuldig bleibe. In allen diesen Fällen, welche die Regel bilden, würde mithin die gesetzlich bewilligte Sicherheit vereitelt sein. Aber selbst nach beendigter Theilung müsse den Betheiligten, gegen welche Andere in der Theilung Verpflichtungen übernommen haben, das Recht zustehen, durch Eintragung ihres Privilegiums ihren Rückgriff zu sichern, und diese dürfe nur dann aufgehoben werden, wenn die Verpflichtungen erfüllt worden. Habe z. B. einer der Betheiligten Schulden der Masse zu zahlen übernommen, so könne die Erfüllung einer solchen Uebernahme nur durch das Privilegium gewährleistet werden, und dieses müsse so lange inscribirt bleiben, bis die Schulden abgetragen worden. So habe der Cassationshof zu Paris in terminis unter dem 2. April 1839 entschieden. Sirey 39. 1. 385.

Von den Appellaten wurde von der einen Seite dem Gesellschafter oder dem Communisten die Zuständigkeit dieses Privilegiums bestritten; dann von der andern behauptet, daß es sich jedenfalls nicht über die Summe erstrecken könne,

welche wegen des Condominii verschuldet werde. Ferner sey es noch weniger statthaft, das Privilegium auf Ansprüche aus den Handelsgeschäften, wären sie auch bereits liquid, auszudehnen, und namentlich wegen bezahlter Schulden; da die Art. 2103 Nro. 3 und 2109 nur von einer Eintragung pour la garantie du partage, et les soulte ou retour de lots, ou pour le prix de la licitation der zu theilenden Grundstücke sprächen. Aber nach dem eigenen Geständnisse des Appellanten sey zu seinem Vortheile eine Summe von 2600 Thlr. im Theilungsverfahren nicht festgestellt, daher auch für ihn ein Recht zu der fraglichen Eintragung unter jedem Gesichtspunkte nicht geboren. So erscheine die Berufung als ganz ungegründet.

Das öffentl. Ministerium concludirte ebenfalls auf Verwerfung der Berufung. Durch die Art. 883—886 und die Art. 1476 und 1872 des B. G. B., werde den Erben und andern Gemeinschaftern die wechselseitige Gewährleistung für alles dasjenige, was in die respectiven Loose bei der Theilung des gemeinschaftlichen Vermögens gefallen, zugestanden, und um dieser bessere Wirksamkeit zu geben, in den Art. 2103 Nro. 3 und 2109 ihnen ein Privilegium gegeben: «pour la garantie du partage, pour les soulte et retour de lots, pour le prix de la licitation.» Wenn nun diese Gewährleistung den Zweck habe, die Gleichheit unter den Theilenden sicher zu stellen, so müsse auch das desfallsige Privilegium überall Geltung haben, wo diese gefährdet werden könnte. Das würde nun der Fall sein, wenn der eine der Theilhaber im Theilungsacte Verbindlichkeiten übernommen hätte, von deren Erfüllung die Erhaltung der Gleichheit für den andern abhängig wäre; ein Gleiches sei da vorhanden, wo, nach ganz gleicher Theilung der Immobilien, es sich bei der spätern definitiven Abschließung des Theilungsverfahrens ergebe, daß der eine Theilhaber dem andern schuldig bleibe, und sonach einen Betrag herauszugeben habe. Es frage sich nur bezüglich dieses Falles, ob für solche eventuelle Ansprüche auch das Privilegium auf die bereits zur Theilung gekommenen Immobilien statt finde? Erwäge man von der einen Seite, daß das Privilegium zum Schutze solcher Rechte hauptsächlich gegeben ist, welche erst nach der gänzlichen Abrechnung zwischen den Parteien feststehen, von der andern, daß dasselbe unbedingt binnen den 60 Tagen, welche dem

Acte folgen, wodurch die Theilung der Immobilien der Gemeinschaft geschehen, eingetragen werden soll, wie dieses die ausdrückliche Bestimmung des Art. 2109 nicht bezweifeln lasse, nehme man hiezu, wie eine Hypothek für eventuelle Ansprüche gültig sey, so gehe hieraus als nothwendige Folge die Bejahung dieser Frage hervor. — Wie indeß der Appellant behaupte, sey die Eintragung pour garantie du partage im Allgemeinen, nicht pour soulte, geschehen. Diesem widerspreche aber offenbar die Inscription selbst, welche auf eine Herausgabe von 2600 Thlr. (angeblich wegen für die Gesellschaft bezahlter Schulden) ausdrücklich gerichtet worden. Eine solche könne aber nicht vor der Feststellung der Loose, vor der definitiven Abrechnung zwischen den Theilenden stattfinden. Weil nun pour garantie du partage eine Eintragung in der Wirklichkeit nicht erfolgt, und eine solche pour soulte zu voreilig gewesen, so müsse die Berufung, wenn auch aus andern Gründen, als jenen des Urtheils a quo, verworfen werden.

Uebrigens beruhe die Behauptung der Appellaten, daß ein Gesellschafter nicht befugt erscheine, das Privilegium des Art. 2103 in Anspruch zu nehmen, zufolge Art. 1872 des B. G. B. auf einem Irrthum.

Der Kgl. A. G. H. erließ hierauf folgendes

Urtheil:

Nach Anhörung des öffentl. Ministeriums.

I. E., daß das Privilegium, welches nach den Art. 2103 Nro. 3 und 2109 den Miterben und andern Theilhabern, so wie nach Art. 1872 namentlich den Gesellschaftern zur Gewährleistung geschehener Theilungen zusteht, erst durch die Theilung selbst zur Existenz gelangt, indem vor derselben weder ein Privilegium an der gemeinschaftlichen Sache rechtlich gedenkbar, noch der Gegenstand, wofür dasselbe haften soll, factisch vorhanden ist;

Daß die streitige Eintragung nicht auf einem durch die bisherige Partial-Theilung begründeten Forderungs-Rechte des Appellanten, sondern auf Ansprüchen gegen die noch bestehende Gemeinschaft beruht;

Daß der Appellant, wenn er wegen solcher noch ungewissen Ansprüche sein Privilegium auf die Immobilien, die den Gegenstand jener Theilung ausmachten, aufrecht erhalten

wollte, hiezu nach den Art. 976 und flg. der B. P. O. durch vorherige Feststellung derselben, und durch seine Befugniß, die gleichzeitige Theilung der ganzen Masse zu verlangen, das gesetzliche Mittel hatte;

Daß aber, indem er die besondere Theilung der Grundstücke unbedingt, und ohne von jener Befugniß Gebrauch zu machen, geschehen ließ, diese definitiv aus der übrigen Massa ausschieden, und eben dadurch aufhörten, solchen Ansprüchen, die nicht in der geschehenen, sondern in einer künftigen Theilung ihren Grund haben sollen, zur Sicherheit zu dienen;

Daß hiernach die Löschung der streitigen Eintragung vom ersten Richter mit Recht verordnet worden.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die von dem Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 4. Dezember 1847 eingelegte Berufung u. s. w.*)

II. Senat. Sitzung vom 11. November 1848.

Advokaten: Stupp — Forst.

---

*) Die im obigen Urtheile enschiedene Frage ist bis dahin so wenig bei dem Rh. A. G. H. als bei unserm Cassationshofe zur Sprache gekommen. In Frankreich sind mehrere auf dieselbe bezügliche Urtheile ergangen. So haben die Rejet-Urtheile vom 22. Juli 1839 und 15. Juni 1842, dann ein Urtheil des A. G. H. von Montpellier vom 4. Januar 1845 (Sirey 39. 1. 560, 42. 1. 631, 45. 2. 371) erkannt, daß die Eintragungsfrist des Art. 2109 des B. G. B. unter allen Umständen von dem Tage eines jeglichen Acts, wodurch die Theilung der gemeinschaftlichen Immobilien geschehen, nicht aber von dem Schlusse der Theilungsliquidation, oder der gerichtlichen Homologation der Theilung ab, zu laufen beginne; was auch schon früher mehrmal von andern Appellations-Höfen entschieden worden. vid. Note zu dem vorgedachten Urtheile vom 22. Juli 1839. Zugleich erklärt das zuletzt erwähnte Urtheil den Umstand für gleichgültig, ob vorläufig die Immobilien, und später erst die Theilung der übrigen Gegenstände der Gemeinschaft, erfolgt sey, immer müsse von der erstern Theilung ab jene Frist berechnet werden, attendu — que le partage des immeubles d'une succession, sans que la liquidation définitive ait encore eu lieu, ne saurait d'ailleurs leur causer aucun préjudice, puisque dans les 60 jours, ils (les héritiers) peuvent réquerir une inscription et conservir ainsi leur privilège; also für ihre eventuellen Rechte, insofern man ihnen diese Natur beilegen will. — Ein Rejeturtheil vom 2. April 1839, ein solches von dem Hof zu Agen vom 22. Dezember 1846 (Sirey 39. 1. 385, 47. 2. 204) statuiren

Abstands- und Alimentations-Vertrag. — Theilung der Eltern unter die Kinder. — Zwischengeschobene Person. — Bräutigam.

Wenn Eheleute an den Bräutigam einer ihrer Töchter ihr Vermögen gegen die Verpflichtung veräußern, die Abtretenden lebenslänglich zu

---

als Zweck des hier fraglichen Privilegiums die Aufrechthaltung der Gleichheit unter den Theilenden, daher dessen Ausdehnung auf alle aus der Theilung entstehenden Verbindlichkeiten, sonach auch auf die Zahlungen, die der eine Theilhaber zur Tilgung der Schulden der Gemeinschaft geleistet habe.

Nach der Annahme des obenstehenden Urtheils soll nun das Privilegium der Art. 2103 Nro. 3 u. 2109 erst durch die gänzlich vollendete Auseinandersetzung der Theilhaber zur Existenz kommen, und hieraus zieht es die Folgerung, daß bei einer vorläufigen, bloß die Immobilien umfassenden Theilung diese frei von dem gedachten Privilegium aus der Gemeinschaft in die Hände der Theilhaber übergehen.

Soll diese Ansicht nicht Bedenklichkeiten unterworfen seyn, und nicht der Sinn der betreffenden Artikel sowohl als anderweite Gründe derselben entgegen stehen?

Einmal scheint nicht berücksichtigt zu sein, daß das Wort partage im Art. 2103 Nro. 3 in einem andern Sinne gebraucht worden, als im Art. 2109. Im erstern, wo es heißt: pour la garantie des partages faits entre eux, wird partage bezüglich der garantie offenbar in dem Umfange genommen, welchen er nach den Art. 883—886 haben muß. — In dem Art. 2109 dagegen, wenn er die Eintragungsfrist à dater de l'acte de partage laufen läßt, ist es nothwendig und wesentlich nur die Theilung der Immobilien, auf welche die Inscription genommen worden, von welcher gesprochen wird. Dieses zeigt ja auch der Umstand, daß die Licitation dort mit dem acte de partage auf gleiche Linie gestellt ist. In der einen wie in der andern Unterstellung ist es der Act, wodurch das Eigenthum der Immobilien aus der Gemeinschaft heraus- und auf die einzelnen Theilhaber übergeht, der die Frist beginnen und also auch das Privilegium entstehen läßt. Das System der Publicität hat die Frist des Art. 2109 nothwendig gemacht, nach deren Ablauf, zufolge Art. 2113, das Privilegium in ein gewöhnliches Hypothekar-Recht übergeht.

Dann ist die Licitation der Immobilien ein partieller Theilungsact gleich der vorläufigen Natural-Theilung derselben. Jene tritt an die Stelle dieser, wenn in natura nicht füglich getheilt werden kann, oder die hierzu gesetzlich befugten Theilhaber die Licitation belieben. Stehen nun diese Theilungsacten sich gesetzlich gleich, wie dieses der Art. 2109 bestätigt, so müssen

verpflegen, auch jedem ihrer Kinder ein Gewisses zu zahlen, so kann unter Umständen angenommen werden, daß der Bräutigam der Tochter eine zwischengeschobene Person und der Act in Wirklichkeit eine Theilung der Eltern unter

---

sie auch gleiche rechtliche Wirkungen und Folgen haben. Die Licitation erfolgt aber stets vor dem endlichen Abschlusse der Theilung, vor der gänzlichen Ausgleichung der Theilhaber, weil erst durch deren Erlös die Masse constituirt wird und durch die Höhe desselben nicht selten die Frage bedingt ist, ob der eine oder andere Theilhaber noch etwas zu fordern resp. nach Art. 858, en moins prénant, noch etwas einzuwerfen habe oder nicht. Wenn nun dennoch das Gesetz die Eintragung binnen 60 Tagen, von dem Zeitpunkte der Licitation an, verlangt, so ist es wohl als evident zu betrachten, daß die Eintragung für die Ansprüche geschehen kann, welche durch die definitive Theilung dem betreffenden Theilhaber zustehen werden; sie muß dafür zuläßig sein, weil mit der Bildung der Masse begonnen wird, und zur Zeit der Licitation die gegenseitigen Liquidationen der Parteien in der Regel noch nicht erfolgen können. Sieht man nun auf die Natur der Ansprüche, welche durch das Privilegium pour la garantie du partage geschützt werden sollen, so ist diese ja selbst eventueller Art; wie die Art. 858, 875 und 885 überzeugend ergeben. Warum soll aber auch bei diesem Privilegium die Sicherstellung eventueller Ansprüche befremden, welche doch überall eintritt, wo die Natur des Rechtsverhältnisses dieses mit sich bringt? z. B., bei dem Privilegium des öffentlichen Schatzes auf die Immobilien der rechnungspflichtigen Beamten, bei den gesetzlichen Hypotheken des Art. 2121 des B. G. B., u. s. w. — Zudem findet sich nirgend eine gesetzliche Bestimmung, aus welcher sich folgern ließe, der Gesetzgeber habe als Regel aufstellen wollen, daß eine Erb- oder sonstige Theilung ganz durch einen und denselben Act abzuschließen sey, und noch weniger eine solche, welche eine Abweichung von dieser Regel mit dem Verluste des Privilegiums, resp. Hypothekarrechts auf die in natura getheilten Immobilien bedingt. Deshalb läßt sich auch nicht annehmen, es liege in einer vorläufig vorgenommenen Theilung dieser Art eine stillschweigende Verzichtleistung auf dieses Recht. Troplong, des privil. et hypoth.. ad art. 2109 Nro. 318 bis, hat sich auch die Frage gestellt, was in diesem Artikel unter den Worten: à compter de l'acte de partage zu verstehen sey, und selbige auch dahin gelöst, daß diese Worte nur von der Theilung der Immobilien verstanden werden können. — Würde man endlich mit Bezug auf die Bestimmung des Art. 883 sogar nicht anzunehmen befugt seyn, (wenigstens rücksichtlich der Miterben) daß der Mittheilende bei der Eröffnung der Theilung schon alle jene Rechte und Ansprüche habe, welche durch die definitive Theilung seinem Loose zufallen?

die Kinder darstelle, welche nichtig sey, weil nicht alle Kinder zugezogen worden.

Art. 1075 u. flg. Art. 918 des B. G. B.

Büllings — Wrede.

Peter Wrede zu Wemb, Bürgermeisterei Weeze, erzeugte in erster Ehe mit Catharina Sinsbeck vier Kinder; nach dem Tode der Catharina Sinsbeck schritt er zur zweiten Ehe mit Petronella Remmen, und aus dieser Ehe stammen sechs Kinder, unter welchen die Catharina Wrede, jetzige Ehefrau von Peter Büllings. Nachdem Peter Wrede im Dezember 1845 gestorben war, klagten die Kinder erster Ehe gegen die Wittwe und die Kinder zweiter Ehe bei dem Kgl. Landgerichte zu Kleve auf Theilung der zwischen Peter Wrede und Petronella Remmen bestandenen Gütergemeinschaft, welche namentlich in einer, zu Wemb gelegenen, in zweiter Ehe erworbenen Kathe nebst Zubehör bestehe, und wovon der Petronella Remmen die Hälfte, jedem der Kläger und Verklagten 1/20 zuzutheilen sey.

Die Eheleute Peter Büllings und Catharina Wrede (Tochter zweiter Ehe) widersprachen dieser Theilungsklage, weil die in Rede stehende Kathe vermöge Akts vor Notar Schüller zu Goch vom 7. Oktober 1844 durch den Erblasser Peter Wrede und dessen Ehefrau an Peter Büllings veräußert worden sey.

In dem besagten Akte verkaufen und übertragen die Eheleute Peter Wrede, Taglöhner, und Petronella Remmen an den diesen Uebertrag acceptirenden Ackerknecht Peter Büllings zu Keppelen a) eine Kathe zu Wemb, bestehend aus Wohnhaus, Garten, Ackerland und Weide, im Ganzen 6 Morgen 138 Ruthen, im Reinertrag von 3 Thlr. 16 Sgr. 7 Pfg., b) alle in- und außerhalb der gedachten Kathe sich befindenden Mobilargegenstände an gewöhnlichen Hausmobilien, Ackergeräthschaften, Vieh und Früchten, in deren Besitz sich der Ankäufer bereits befindet und auf deren specielle Bezeichnung beiderseits verzichtet wird, unter den Bestimmungen, daß der Ankäufer sogleich in Besitz und Genuß trete und sich verpflichte, die Verkäufer auf die Dauer ihrer Lebenszeit bei sich in der oben bezeichneten Wohnung zu beherbergen, in Allem zu beköstigen, anständig zu kleiden, bei Krankheitsfällen ihre Pflege und ärztliche Behandlung zu bestreiten, und sie standesmäßig beerdigen zu lassen; diese Leistungen, geschätzt

zu 80 Thlr., ferner daß Peter Büllings, im Falle zwischen ihm und den Alimentennehmern Uneinigkeiten entständen und Letztere es vorziehen sollten, sich selbst zu alimentiren, gehalten sey, statt der bedungenen Alimente ihnen monatlich 15 Sgr. auszuzahlen, welche nach dem Tode des Einen von ihnen auf die Hälfte sich reduciren sollen; sodann verpflichtet sich Peter Büllings die Kinder der Uebergeber, Theodor, Johann, Gerhard, Gertrud, Wilhelmine und Catharina Wrede (es sind dies die 6 Kinder zweiter Ehe mit Einschluß der nachherigen Ehefrau Büllings) im Falle sie krank werden und unverheirathet seyn möchten, 6 Wochen des Jahrs unentgeldlich bei sich aufzunehmen, und zu beköstigen, endlich verspricht der Ankäufer an jedes der vorgenannten Kinder der Verkäufer die Summe von 8 Thlr. 10 Sgr. auszukehren, wovon die Hälfte 3 Wochen nach dem Tode des Erstversterbenden, die andere Hälfte in gleicher Frist nach dem Tode des Längstlebenden zu zahlen ist.

Die Kläger setzten diesem Acte entgegen, daß er nur dem Namen und der äußern Form nach als Kaufvertrag abgefaßt sey, in der That aber dazu habe dienen sollen, der Einen Tochter der übertragenden Eheleute, der Catharina Wrede, die im Akte bezeichneten Grundstücke und Mobilien, das ganze damalige Vermögen der Eheleute Wrede, zuzuwenden, und die übrigen Kinder abzufinden. Peter Büllings sey nur eine zwischengeschobene Person.

Nach einem Atteste des Pfarrers zu Keppelen hatten sich vor ihm am 12. Oktober 1844, also 5 Tage nach dem erwähnten Akte, Catharina Wrede und Peter Büllings verlobt, dieselben wurden am 17. 20. und 27. Oktober als Verlobte verkündigt, und am 30. Oktober kirchlich verehlicht, nach einem Auszug aus den Civilstandsregistern hatte ihre bürgerliche Heirath am 26. Oktober 1844 statt. Hiernach behaupteten die Kläger, daß angenommen werden müsse, Peter Büllings sey zur Zeit des Notarial-Akts der Bräutigam der Tochter Catharina Wrede gewesen, und statt ihrer zwischengeschoben worden. Materiell sey der Akt eine Abtheilung der Eltern, und als solche schon um deswillen nichtig, weil nicht alle Kinder, nämlich die Kinder erster Ehe gar nicht, bedacht worden. Die Kläger fügten hinzu, daß selbst dann, wenn man den Akt als Kaufvertrag ansehe, in ihm eine Veräußerung à fond perdu gefunden werden müsse, welche

den Bestimmungen des Art. 918 des B. G. B. unterliege, und daß er jedenfalls eine theilweise Schenkung mit Ueberschreitung des verfügbaren Theils enthalte, indem die Kathe wenigstens 400 Thlr. werth gewesen. In dieser Beziehung stellten die Kläger Beweiserbieten und subsidiarische Anträge auf Rückbringen der den Pflichttheil überschreitenden Antheile zur Masse.

Das Kgl. Landgericht zu Kleve erklärte den von Eheleuten Büllings der Klage entgegengesetzten Uebertragsakt für nichtig und verordnete die Theilung. Die Erwägungsgründe des Urtheils sind folgende:

J. E., auf die Aufstellung der Kläger gegen den ihnen von dem Mitverklagten Büllings entgegengesetzten notariellen Kaufact vom 7. October 1844 wegen Simulation und Interposition der Person des Bülings,

Daß Inhalts der von den Klägern aus den Civilstandsregistern der Bürgermeisterei Keppelen vorgelegten Heirathsurkunde Peter Büllings und Catharina Wrede am 26. October 1844 verheirathet und am 13. October vorher proclamirt worden sind; daß der angegriffene Notarialact vom 7. des nämlichen Monats datirt;

J. E., daß die Zusammenstellung dieser so kurz auf einander folgenden Daten wenig Zweifel darüber läßt, daß der genannte Peter Büllings schon zur Zeit des Vertrags der Bräutigam der Catharina Wrede gewesen sey;

J. E., daß nach der auf die frühere Jurisprudenz gestützten Lehre von Grenier traité des donations p. 1. Ch. 2. Sect. 4. N. 177 der Bräutigam ebenso wie der Ehegatte als interponirte Person zu betrachten ist;

Daß schon der Vertrag selbst zu dieser Annahme Veranlassung darbietet, indem nicht nur sämmtliche Clauseln mit denjenigen, welche übertragende Eltern ihrem begünstigten Kinde auflegen, als: die lebenslängliche Verpflegung, Alimentation und Unterhalt in Kleidung, Wartung in kranken Tagen, Bestreitung der Arzneikosten, Tragung der Beerdigungskosten, unentgeldliche Aufnahme und Verpflegung der übrigen Kinder, so lange sie unverheirathet sind, während einer gewissen Zeit, Auskehrung der Abfindungssumme zur Hälfte nach dem Tode des Erstablebenden, zur Hälfte nach dem Absterben des Ueberlebenden, durchgehends übereinstimmen und die nämlichen sind, daß es sogar hinsichtlich

der Mobilargegenstände für überflüssig erachtet worden ist, dieselben zu bezeichnen;

J. E., daß es auch sicher nicht in der Absicht der übertragenden Eheleute Wrede kann gelegen haben, ihr Vermögen nicht ihrer Tochter, sondern dem zukünftigen Ehegatten allein zu übertragen und durch den vor dessen Ehe abgeschlossenen Vertrag ihr gesammtes Immobilar von der künftigen Gütergemeinschaft der Eheleute auszuschließen, es zu einem Sondergute des Büllings zu machen, und solcher Gestalt, sowie den übrigen Kindern, auch jener Tochter zu entziehen;

J. E., daß, sowie es den Klägern als Dritten nicht versagt werden könnte, ihre Behauptung, daß der Annehmer Büllings nur den Namen hergegeben, der Vertrag in jeder Hinsicht simulirt sey, durch Zeugen darzuthun, es auch dem Richteramte nicht verwehrt seyn kann, den Vertrag nach den vorliegenden Umständen zu beurtheilen, den Büllings als bloß interponirte Person zu betrachten und dessen künftige Ehefrau Catharina Wrede für die wirklich begünstigte Annehmerin des elterlichen Vermögens zu halten;

J. E., daß hiervon ausgegangen, der vorliegende Vertrag ungeachtet der Ausdrücke: „Kauf," „Verkauf," weit weniger ein wirkliches Kaufgeschäft als eine Theilung der Eltern unter ihre Kinder darstellt, bei welcher Einem derselben das Gut, den Uebrigen eine von den Begünstigten nach ihrem Tode auszukehrende Summe Geldes zugewiesen wird, gleich wie solches bei einer Licitation eines in natura nicht zu theilenden gemeinschaftlichen Grundstücks der Fall seyn würde;

J. E., daß, sowie eine Licitation oder Theilung mit Recht als ungültig angefochten werden kann, wenn nicht alle Theilnehmer zugezogen worden, ebenso die ohne Zuziehung sämmtlicher Kinder veranstaltete Theilung der Eltern nicht zu Recht bestehen kann;

J. E., daß das B. G. B. in den Art. 1075 bis 1079 den Eltern die Theilung unter ihre Kinder nur in der Form einer Schenkung oder eines Testaments gestattet hat, und jede Theilung für nichtig erklärt, in welcher nicht alle Kinder bedacht sind, oder wenn sie unter Lebenden vorgenommen, nicht alle Kinder als Donatarien concurriren;

J. E., daß es gewiß nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen hat, zur Umgehung jener Bestimmung die Mittel an

die Hand zu geben und es zu gestatten, daß, wenn die Parteien oder der instrumentirende Beamte nur die Vorsicht gebrauchen, das Geschäft als Kaufgeschäft zu benennen, ungeachtet dasselbe alle Kennzeichen einer Theilung trägt und sonst in Nichts einem Kaufvertrage gleicht, keinen bestimmten Preis, nur eventuelle Prästationen, nicht die Stipulation der Zahlung der bedungenen Baarsumme an die Veräußerer selbst, sondern nach deren Tode an benannte Kinder (gleichviel ob diese Erben werden oder nicht) enthält, die den Eltern gesetzten Schranken ihres Dispositionsrechts ungeahndet überschritten werden könnten, indem alsdann der gebrauchten, von der Partei selbst nicht ernstlich gemeinten Benennung wegen eine Theilung nicht mehr vorliege, als wenn der Verkauf eines gemeinschaftlichen Grundstücks an den meistbietenden Mitbetheiligten oder eine Theilung, wobei Einer eine Summe Geldes auskehren muß, aufhöre eine Theilung zu seyn;

J. E., daß im vorliegenden Falle nicht nur die mit einer Summe Geldes abgefundenen Kinder des Peter Wrede aus der zweiten Ehe bei dem Vertrage vom 7. October 1844 nicht zugezogen, sondern sogar dessen vier Kinder erster Ehe, die Kläger, übergangen sind, daß dieselbe folglich nach Vorschrift des Art. 1078 als nichtig erklärt werden und eine gesetzliche Theilung unter sämmtlichen Kindern des genannten Wrede und dessen Wittwe eintreten muß, u. s. w.

Die Eheleute Büllings erhoben die Berufung und beantragten die Abweisung der Theilungsklage, weil nur in den Fällen der Art. 911 und 1099—1100, und nur für die dort angegebenen Personen die gesetzliche Vermuthung einer zwischengeschobenen Person Platz greife, das angegriffene Urtheil also in seinen Vermuthungen weiter gehe, als das Gesetz gestatte; weil ferner selbst dann, wenn man eine Zwischenschiebung der Person des Büllings annehme, der Notarialakt dennoch nicht wegen Mangels der Form nach Art. 1075 u. flgd. nichtig sey, da die Praxis constant annehme, daß eine Theilung der Eltern unter den Kindern auch in einen Kauf eingekleidet werden könne. Aeußerstenfalls seyen die Eheleute Büllings nur gehalten, die ihnen durch jenen Akt etwa über die disponible Quote hinaus zugewandten Vortheile zu conferiren, und zwar nur hinsichtlich

der Hälfte der damals übertragenen Vermögensstücke, indem nur diese Hälfte Eigenthum des Vaters gewesen.

Von den Appellaten wurden die Anträge der ersten Instanz und deren Begründung wiederholt. Falls die Berufung nicht ohne weiteres verworfen werden sollte, beantragten sie, daß auf Grund des Art. 918 des B. G. B. erkannt werde, daß Eheleute Büllings $^3/_4$ der ideellen Hälfte der übertragenen Realitäten in natura zu restituiren hätten, so daß bei der Theilung $^1/_8$ den Eheleuten Büllings vorab, von den übrigen $^7/_8$ jedem Kinde des Peter Wrede $^1/_{10}$ zufalle, oder es möge der Kauf als verschleierte Schenkung betrachtet und auf Grund des Art. 853 des B. G. B. den Eheleuten Büllings aufgegeben werden, $^3/_4$ von dem durch Experten zu bestimmenden Werthe der Hälfte der übertragenen Güter zum Nachlasse des Peter Wrede, an welchem jedes Kind $^1/_{10}$ erhalte, zurück zu bringen.

Das öffentl. Ministerium war der Ansicht, daß der Alimentationsvertrag der bei weitem wesentlichste Bestandtheil des Notarialacts vom 7. October 1844 sey, und daß die angehängten Verfügungen zum Vortheil der Kinder zweiter Ehe nicht geeignet seyen, den Alimentationsvertrag in den Hintergrund zu stellen, und dem Geschäft den Charakter einer Theilung der Eltern unter die Kinder zu geben. Sofern nun wirklich die Tochter Catharina Wrede als die wahre Uebernehmerin anerkannt werden müsse, sey der Alimentationsvertrag als Veräußerung à fond perdu der Bestimmung des Art. 918 des B. G. B. unterworfen. Zwar strebe Einkleidung und Abfassung des Vertrages künstlich genug dahin, dies Sachverhältniß zu läugnen und zu verdunkeln, indem sogar die Tochter Catharina Wrede unter den von Peter Büllings abzufindenden Kindern mitaufgenommen sey; — allein das ganze thatsächliche Verhältniß und der Inhalt des Akts gewährten die Ueberzeugung, daß die Eheleute Wrede ihrer Tochter ihr Vermögen abtreten und als Gegenleistung die Alimentation ausbedingen wollten, und daß, um den Vertrag ganz fest, wie unter Fremden, zu machen, zur Umgehung des Gesetzes an die Stelle der Tochter der damalige Bräutigam derselben zwischengeschoben sey. Da der Art. 918 des B. G. B. sanctionire, daß solche Veräußerungen à fond perdu an Erben in gerader Linie den übrigen Vorbehaltserben in gerader Linie gegenüber als

eine Schenkung zum Voraus gelten und behandelt werden sollen, und daher auf den disponiblen Theil eingeschränkt werden müssen, so könne offenbar nicht zugelassen werden, daß man in einem solchen Falle durch das einfache Mittel der Zwischenschiebung einer Person den disponiblen Theil überschreite und die Bestimmung des Art. 918 vereitele. Wäre der fragliche Contract mit dem Ehegatten der Tochter abgeschlossen worden, so würde schon nach gesetzlicher Präsumtion die Zwischenschiebung anzunehmen und der Art. 918 anzuwenden seyn; *) der Bräutigam sey zwar nicht unter den Personen genannt, welche von dieser gesetzlichen Präsumtion getroffen werden, daraus folge aber nur, daß durch anderweitige faktische Momente der Beweis geliefert werden müsse, daß er zwischengeschoben sey, und dieser Beweis liege hier vor.

Der Antrag des öffentl. Ministeriums ging demnach dahin, unter Annahme der Berufung zu erkennen, daß der Werth der auf den Peter Wrede fallenden Hälfte der an Büllings veräußerten Güter auf den disponiblen Theil des Vermögens von Peter Wrede zu imputiren, und der Ueberschuß des Werths über den disponiblen Theil zur Massa und zur Theilung gebracht werde.

Der A. G. H. erließ folgendes bestätigende

Urtheil:

J. E., daß aus den im Urtheil a quo zusammengestellten Umständen angenommen werden muß, daß Peter Wrede und seine zweite Ehefrau in dem Akte vom 7. Oktober 1844 nicht den Appellaten, sondern vielmehr dessen jetzige Ehefrau und damalige Braut durch Uebertragung ihres beiderseitigen ganzen beweglichen und unbeweglichen Vermögens zu begünstigen beabsichtigt haben, ungeachtet der Uebertrag nicht an diese ihre

*) vid. Urtheil des Hofes zu Limoges vom 3. Juli 1840 (Journ. du Pal. 1840. 2. p. 662.) Das Gegentheil wird in Pailliet nota 2 zu Art, 918 behauptet; allein dem dort angeführten Grunde: que la donation faite à l'époux d'un successible n'est point sujette au rapport (Art. 849) läßt sich entgegnen, daß eben auch nach der oben aufgestellten Ansicht die in der Veräußerung à fond perdu liegende Schenkung als Schenkung im Voraus betrachtet und als solche weder vom successible noch von dessen Ehegatten rapportirt werden soll, dagegen die Reduction wegen Ueberschreitung der disponibelen Quote mit dem Art. 849 nichts gemein hat.

Tochter, sondern allein an ihren Bräutigam geschah und willkürlich von den Contrahenten als ein Verkauf benannt wurde;

Daß die von den Eltern bei diesem Uebertrag ihrer ganzen Habe ausbedungene lebenslängliche Verpflegung zwar als pactum adjectum eine Alimentationsverpflichtung enthält; daß indessen in der dortigen Gegend bei geringen Bauersleuten dieser Vorbehalt beinahe überall und jedesmal von den Eltern ausbedungen zu werden pflegt, wenn diese in ihren Lebzeiten ihr ganzes Vermögen ihren Kindern abtreten und sich auf den Altentheil setzen;

Daß dies auch dann anzunehmen ist, wenn nur Einem der Kinder das kleine elterliche Besitzthum abgetreten wird, und dieses Kind außer der Verpflegung der Eltern auch Verpflichtungen gegen seine Geschwister übernimmt und die Herausgabe irgend einer Summe an diese nach dem Tode der Eltern verspricht;

Daß jedoch im vorliegenden Falle die fünf übrigen Kinder zweiter Ehe, als die vollbürtigen Geschwister der appellantischen Ehefrau, nach dem Tode der Eltern jedes 8 Thlr. 10 Sgr. ausgezahlt erhalten und bei Krankheit jährlichs 6 Wochen lang von dem Appellanten verpflegt werden sollten;

Daß bei dem nicht bedeutenden Werthe der mit ihrem Zubehör und Mobilien, Ackergeräthe und Vieh übertragenen Kathe diese wenn auch geringe Gegenleistung nach Abzug des Anschlages für die elterliche Pflege und Beerdigung als eine Abfindung der übrigen Kinder zweiter Ehe mit gänzlicher Uebergehung der 4 Kinder erster Ehe des Peter Wrede beurtheilt werden kann;

Daß die Uebergehung der Letztern dem Vertrage das Wesen einer divisio parentum inter liberos nicht benimmt, indem hier die Theilung nur eine die Kinder zweiter Ehe zum Nachtheil der Kinder erster Ehe begünstigende bildet;

Daß aus den im Urtheile a quo erörterten Gründen die Nichtigkeit des fraglichen Aktes mit Recht ausgesprochen worden ist und derselbe bei der Untheilbarkeit des Gegenstandes auch nicht zur Hälfte aufrechterhalten und zur andern Hälfte vernichtet werden konnte, die vorhandene Nichtigkeit also auch für die Hälfte der zweiten Ehefau zu erkennen war; daß mithin die von den Appellanten vorgebrachten Beschwerden ungerechtfertigt erscheinen, und es demzufolge

auf die Untersuchung der fernern, jenem Akte entgegengestellten Einreden nicht ankommen kann.

Aus diesen Gründen
verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung u. s. w.
III. Senat. Sitzung vom 1. März 1848.
Advokaten: Borchardt — Compes.

Abstands- und Alimentations-Vertrag. — Theilung der Eltern unter die Kinder. — Gütergemeinschaft. — Sondergut.

Ein unbewegliches Gut, welches von den Eltern durch Abstandsvertrag an Tochter und Schwiegersohn gegen lebenslängliche Alimentation und ein Jahrgeld, sowie gegen Abstandsgelder für die übrigen Kinder abgetreten wird, fällt nicht in die Gütergemeinschaft der Empfänger, sondern wird Sondergut der Tochter.

Art. 1404 des B. G. B.

Neufeld — Fünderich.

Gottfried Neufeld und Margaretha Honnen heiratheten unter der Herrschaft des B. G. B. ohne Ehevertrag. Sie erzeugten 4 Kinder, Johann Heinrich, Jacob, Tillmann und Margaretha Neufeld. Nachdem Gottfried Neufeld am 11. Oktober 1835 gestorben und seine Wittwe zur zweiten Ehe mit Gerhard Fünderich geschritten war, stellten die beiden erstgenannten Kinder Neufeld gegen ihre Mutter und die beiden übrigen Geschwister beim Kgl. Landgerichte zu Cleve eine Klage auf Theilung der zwischen der Mutter und dem verstorbenen Gottfried Neufeld bestandenen Gütergemeinschaft an und behaupteten, daß zu derselben ein zu Hörstchen gelegenes Ackergut, der sogenannte Honnenhof, gehöre.

Die Eheleute Fünderich setzten der Klage entgegen, daß der Honnenhof von der Theilung ausgeschlossen werden müsse. Sie legten einen Akt von Notar Herkenrath vom 21. Januar 1824 vor, gemäß welchem der Vater der Ehefrau Fünderich, Tillmann Honnen, und dessen beide Kinder Adelheid und Heinrich Honnen, mit der Margaretha Honnen und ihrem dama-

ligen Ehemann Gottfried Neufeld die Uebereinkunft treffen, daß die erstgedachten 3 Personen als Absteher ihre Antheile an dem Honnenhof und an 7/4 Morgen Pflanzung und Haide, wie auch das sämmtliche Haus- und Ackergeräthe und den Viehstand, endlich noch einige kleine Forderungen den Eheleuten Neufeld übertragen, wogegen für den Vater Tillmann Honnen außer der lebenslänglichen Benutzung einer Stube im Hause die Verpflegung bei den Annehmern und ein Jahrgeld, ferner für jedes der beiden übrigen Geschwister Adelheid und Heinrich ein Abstandsgeld stipulirt wird. Die Eheleute Fünderich behaupteten, daß der Honnenhof, wenngleich er durch diesen Akt von der Margaretha Honnen Ehefrau Fünderich in Gemeinschaft mit ihrem ersten Ehemann Neufeld erworben worden, dennoch nicht in die Gütergemeinschaft der Ehe des Neufeld gefallen sey. Der Akt habe im Grunde eine Theilung des Vermögens unter die Kinder dargestellt; der Hof sey ursprünglich gemeinschaftliches Eigenthum des Tillmann Honnen und seiner Ehefrau Gretchen Roeyen gewesen, die Letztere aber zur Zeit des Uebertrags bereits verstorben und von ihren Kindern beerbt gewesen; die beklagte Ehefrau Fünderich habe daher bei jenem Uebertrage des Hofs bereits durch den Tod ihrer Mutter Antheil am Hofe gehabt, und gemäß Art. 1408 des B. G. B. sey die Erwerbung nicht in die Gütergemeinschaft gefallen.

Für die Kläger wurde in einem Anwaltsakt die Erklärung abgegeben: daß allerdings der Honnenhof Eigenthum der im Jahr 1779 verheiratheten Tillmann Honnen und Gretchen Roeyen gewesen, daß Letztere am 28. April 1809 gestorben, und durch diesen Tod das Eigenthum der einen Hälfte an die 3 Kinder Margaretha, Heinrich und Adelheid übergegangen, die andere Hälfte dem Tillmann Honnen verblieben sey.

Die Kläger bestritten aber die von den Eheleuten Fünderich aus jenem Verhältnisse hergeleitete Folgerung und beriefen sich auf den Inhalt des Erwerbtitels vom 21. Januar 1824.

Durch Urtheil des Landgerichts zu Cleve vom 28. März 1846 wurde der Theilungsklage stattgegeben, jedoch der Honnenhof auf Grund des Art. 1408 des B. G. B. von der Theilung ausgeschlossen.

Gegen dieses Urtheil legten die Kläger Berufung ein. Ihr Anwalt suchte auszuführen, daß der Uebertrag vom 21. Januar 1824 ein reines Kaufgeschäft darstelle, dessen Objekt

um so gewisser in die Gemeinschaft der Ehe Neufeld gefallen sey, als die Margaretha Honnen selber in dem am 31. Oktober 1835 über den Nachlaß ihres ersten Ehemannes Gottfried Neufeld errichteten Inventar angegeben habe, daß der Hof zur Gemeinschaft gehöre; der Anwalt der Kläger nahm die obenerwähnte, von dem Anwalte erster Instanz abgegebene Erklärung über den Ursprung und die Eigenthumsverhältnisse des Guts als irrig zurück, unter der Behauptung, daß der Honnenhof ausschließliches Eigenthum des Tillmann Honnen gewesen, daher durch den Tod der Mutter kein Antheil desselben auf die Ehefrau Neufeld vererbt worden sey.

Subsidiarisch erboten sich die Appellanten, dies durch Zeugen und Urkunden zu beweisen. Die Appellaten Eheleute Fünderich wiederholten, was sie in erster Instanz ausgeführt hatten.

Von Seiten des öffentl. Ministeriums wurde aufgestellt: daß die Angabe im Inventar unverbindlich sey und der von den Appellanten subsidiarisch erbotene Beweis nicht erheblich erscheine, weil der Akt vom 21. Januar 1824, durch welchen Tillmann Honnen und seine beiden Kinder den Honnenhof an das dritte Kind Margaretha und deren Ehemann Neufeld übertrugen, eine Theilung des Vaters unter die Kinder darstelle, mithin der Honnenhof im Wege einer anticipirten Succession des Vaters in die Ehe Neufeld gekommen und nach Art. 1404 des B. G. B. Sondergut der Ehefrau Neufeld geworden sey. Aus diesem Grunde sey die Berufung zu verwerfen.

Hierauf erließ der A. G. H. folgendes

Urtheil:

J. E., daß in dem notariellen Vertrage vom 21. Januar 1824 Tillmann Honnen und seine Kinder Adelheid und Heinrich an die Tochter des Erstern, Margaretha Honnen und deren sie dazu ermächtigenden Ehemann Gottfried Neufeld ihre, der Absteher, Antheile an dem Honnenhof und an 7/4 Morgen Pflanzung und Heide und zugleich auch sämmtliches Haus- und Ackergeräthe, den Viehstand u. s. w., desgleichen auch gewisse Activforderungen übertragen, und zwar gegen die für beide Geschwister bestimmten Abstandsgelder und gegen eine dem Vater stipulirte Leibzucht, bestehend in lebenslänglicher Benutzung einer Stube, in Kleidung, Ernährung, Ver-

pflegung und einem Jahrgelde, wobei ferner verabredet wurde, daß das dem Vater noch in Eigenthum reservirte Bettwerk und die „nicht in der Theilung begriffenen" Activforderungen demnächst unter alle drei Kinder zu gleichen Theilen getheilt werden sollten;

Daß die Rechtsgültigkeit dieses Aktes in formeller und materieller Hinsicht von keiner Seite angefochten, derselbe auch von sämmtlichen Contrahenten vollzogen worden, und es sich nur von seiner rechtlichen Bedeutung handelt;

Daß nach dem angeführten Inhalt derselbe nicht sowohl als Kauf, sondern, wie auch bereits in erster Instanz geltend gemacht worden, als eine divisio parentum inter liberos sich darstellt, daher er denn im Contexte selbst „Theilung" genannt worden ist;

Daß, indem eine solche elterliche Theilung im Sinne des Art. 1076 des B. G. B., wenn auch das Eigenthum der den Kindern überwiesenen Vermögenstheile noch bei Lebzeiten des parens auf dieselben übergeht, dennoch im Allgemeinen die nämlichen rechtlichen Folgen, wie eine wirkliche Erbtheilung hat, die Immobilien, welche dadurch im vorliegenden Falle die Margaretha Honnen erlangte, als titulo successionis erworben zu betrachten sind und folglich nicht in die Gütergemeinschaft derselben, sondern nach Vorschrift des Art. 1404 in das besondere Eigenthum derselben übergingen;

Daß dabei auch die Mitzuziehung des Ehemannes der Margaretha Honnen, des Gottfried Neufeld, nichts ändert, weil diese behufs der erforderlichen Authorisation der Frau und wegen der übernommenen Gegenleistungen erforderlich war;

Daß die Aeußerung in dem von der Margaretha Honnen nach dem Tode ihres Ehemannes gelegten Inventar vom 31. October 1835, die fraglichen Immobilien seyen in der Ehe gemeinschaftlich erworben, ihrem besondern Eigenthum daran nicht nachtheilig seyn kann, weil sie sich lediglich an den Uebertragsakt selbst anschloß, wie aus den folgenden Worten: „welches aus dem Uebertragsakt hervorgeht" erhellt; daß folglich diese Aeußerung als eine irrige Interpretation dieses Vertrages von keiner weitern Bedeutung ist;

Daß, wenn hiernach die Ehefrau Neufeld, welche, wie beiderseits anerkannt worden, unter der Herrschaft des B. G. B. sich verehelichte, jene Immobilien titulo successionis

in ihr besonderes Eigenthum erworben hat, es weder auf die frühern Gütergemeinschafts=Rechte in der Herrschaft Hörstgen, noch auf den von den Appellanten erbotenen Beweis, daß das Gut ein Sondereigenthum des übertragenden Vaters Tillmann Honnen gewesen, ankommen kann, weil dasselbe jedenfalls, mag es nun vom Vater allein oder von beiden Eltern herrühren, Erbgut der Margaretha Honnen wurde und als solches nicht in die Gütergemeinschaft fiel;

Daß also auch nicht zu untersuchen ist, in wiefern das frühere Geständniß der Appellanten, daß der Honnenhof von beiden Eltern herkomme, dem damit in Widerspruch stehenden Beweisantrag entgegenstehe; u. s. w.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Cleve vom 28. März 1846 eingelegte Berufung u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 5. Januar 1848.

Advokaten: Haaß — Compes — Borchard.

Belastende Schenkung. — Rückbringen. — Rückbringen in natura. — Theilung der Eltern unter die Kinder.

Eine Schenkung verliert dadurch nicht ihre Natur, daß im Schenkungsakt eine Leibrente zu Gunsten des Schenkers stipulirt ist. Wer behauptet, daß sie deshalb einen lästigen Vertrag darstelle, hat seinerseits zu beweisen, daß die Höhe der Leibrente eine Liberalität ausschließe.

Die Vortheile aus einer belastenden Schenkung sind dem Rückbringen unterworfen.*)

Auf eine Schenkung an Seitenverwandte unter Belastung mit einer Leibrente findet der Art. 918 des B. G. B. keine Anwendung, und das Rückbringen wird in solchem Falle durch diesen Artikel nicht ausgeschlossen.

*) Vgl. Zachariae §. 702 und die daselbst cit. Schriftsteller.

Die Erben des Beschenkten können zum Rückbringen in natura angehalten werden, wenngleich der Beschenkte die Objecte der Schenkung in eine Theilung seines Vermögens unter seine Kinder einbegriffen hat. Eine solche anticipirte Succession steht einer Veräußerung im Sinne des Art. 859 des B. G. B. nicht gleich.

Art. 843, 853, 918, 859 des B. G. B.

Hosseus — Hosseus.

Am 18. Juni 1805 übertrug Heinrich Hosseus zu Stromberg durch Notarialact seinem Bruder Johann Hosseus sieben, im Banne von Stromberg und Schoeneberg gelegene, Immobilien.

In dem Acte heißt es: daß der Uebertrag aus brüderlicher Zuneigung und Freundschaft geschehe; Johann Hosseus acceptirt als „Beschenkter,“ indem er seine Dankbarkeit bezeugt, indeß (néanmoins) geschieht die Schenkung unter der Last (à la charge), eine lebenslängliche Rente von 35 Gulden an Heinrich Hosseus zu zahlen; der Werth der übertragenen Immobilien wird zum Zweck der Regulirung der Enregistrementsgebühren auf 900 Gulden angegeben.

Heinrich Hosseus starb im Jahre 1842. Seine Erben, nämlich der erwähnte Johann Hosseus und die Nachkommen seiner übrigen fünf Geschwister schritten im Jahre 1844 vor Notar Linnemann zur Theilung seines Nachlasses; die durch den Erblasser Heinrich Hosseus an Johann Hosseus übertragenen sieben Grundstücke wurden in dieser Theilung nicht erwähnt, doch beim Schlusse des Theilungsakts von den übrigen fünf Erbstämmen ein Vorbehalt wegen aller ihnen gegen Johann Hosseus zustehenden Rechte gemacht.

Nachdem auch Johann Hosseus gestorben war, klagten die Nachkommen der übrigen fünf Geschwister des Heinrich Hosseus gegen die Descendenten des Johann Hosseus beim Kgl. Landgericht zu Koblenz auf Theilung der mehrgedachten sieben Grundstücke, in der Art, daß jedem der 6 Stämme $1/6$ davon zufalle, sowie auf Rechnungslage über die bezogenen und die zu beziehenden Nutzungen oder doch subsidiarisch auf Vergütung des Geldwerths jener Immobilien zu $5/6$ nebst Zinsen seit 1805. Sie gründeten die Klage darauf, daß der Act vom 18. Juni 1805 eine Schenkung darstelle,

daß die vorbehaltene Leibrente von 35 Gulden im Verhältnisse zum Kapitalwerthe der geschenkten Güter nicht in Betracht komme, und folglich die Immobilien, jedenfalls der Mehrwerth in Geld behufs Theilung zu conferiren seyen.

Die Verklagten wandten Verjährung ein; bestritten die Zulässigkeit der Klage, weil bei der notariellen Theilung des Nachlasses von Heinrich Hosseus kein Rapport verlangt und ausgeführt worden sey, der Rapport aber nach der Theilung nicht mehr stattfinde, indem sein Begriff in dem Einwerfen zur Masse bei der Theilung bestehe, und der rapportirende Erbe nach Art. 858 en moins prenant rückbringen dürfe, endlich behaupteten sie, daß die Klage unbegründet sey, weil der Uebertrag unter lästigem Titel stattgefunden habe, ferner weil Heinrich Hosseus keine Vorbehaltserben gehabt, und weil, wenn man den Akt als Schenkung betrachte, derselbe jedenfalls eine Schenkung par préciput darstelle. Hierauf erboten sich die Kläger noch subsidiarisch zum Beweise durch Zeugen und Sachverständige darüber, daß die fraglichen Immobilien zur Zeit der Schenkung und des Todes des Erblassers einen Werth von 2000 Thlr. gehabt hätten.

Das Kgl. Landgericht zu Coblenz verwarf die Einrede der Verjährung, da die Klage auf Theilung und Rapport erst beim Tode des Heinrich Hosseus geboren worden und der frühere langjährige Besitz des Beschenkten die erst bei diesem Tode entstandene Pflicht, zu rapportiren, nicht aufheben könne; dasselbe erklärte auch die Einrede der Unzulässigkeit für unbegründet, weil durch die vorgenommene Theilung den Miterben das Recht nicht verloren gegangen, Einbringen und Theilung bis dahin nicht zur Sprache gekommener Objekte zu verlangen, um so weniger als sie den obengedachten Vorbehalt gemacht und Johann Hosseus, wenn er en moins prenant habe rapportiren wollen, seinerseits den Rapport bei der Theilung habe vorschlagen können. Dagegen nahm das Landgericht an, der Akt vom 18. Juni 1805 sey wegen der in Gegenleistung übernommenen Leibrente als ein aleatorischer Vertrag anzusehen und nicht als Schenkung zu behandeln, es wäre denn, daß bewiesen würde, daß der Reinertrag der Grundstücke mindestens der jährlichen Rente gleich stehe. Den Klägern wurde deshalb der Beweis durch Zeugen und Sachverständige aufgegeben: daß die fraglichen sieben Grundstücke zur Zeit der Schenkung einen Werth von 2000 Thlr.

gehabt oder doch: daß deren Reinertrag, nach Abzug aller Kosten und Auslagen mindestens die Summe von 35 Gulden betragen habe.

Gegen dieses Urtheil vom 6. August 1846 erhoben die Beklagten Hauptberufung, die Kläger Incidentberufung.

Die Appellanten beschwerten sich darüber, daß die Klage nicht sofort abgewiesen worden; sie wiederholten die in erster Instanz vorgebrachten Einreden und nahmen noch insbesondere auf den Art. 918 des B. G. B. Bezug. Sie behaupteten, der Akt vom 18. Juni 1805 gehöre zu den Verträgen, über welche dieser Artikel handele; hier werde nur den successibles en ligne directe das Recht auf Rapport und zwar nur für den die disponible Quote übersteigenden Theil der übertragenen Gegenstände gegeben, weshalb denn auch aus diesem Artikel herzuleiten sey, daß jedenfalls der Vertrag als Schenkung im Voraus behandelt werden müsse; der Artikel schließe ausdrücklich die successibles en ligne collatérale, welche eben keinen Vorbehalt beanspruchen können, von dem Verlangen irgend eines Rapports der durch solche Verträge veräußerten Objekte aus. In dem Acte selber, in welchem gesagt sey, Heinrich Hosseus schenke seinem Bruder und dessen Erben und Rechtsnachfolgern, er schenke, um ihm Beweise seiner brüderlichen Zuneigung zu geben, liege zudem implicite Absicht und Wille des Heinrich Hosseus, den beschenkten Bruder vor seinen übrigen Geschwistern zu begünstigen und die Schenkung vom Rückbringen zu befreien. — Außerdem machten die Appellanten noch unter Berufung auf Art. 859 u. flgd. des B. G. B. die neue, in erster Instanz nicht vorgebrachte, für den Fall, daß das Rückbringen verordnet werde, erhebliche Behauptung: daß jedenfalls nicht die Immobilien in natura, sondern nur deren Geldwerth zu rapportiren sey, indem ihr Vater Johann Hosseus am 6. März 1836, also zu Lebzeiten des gemeinschaftlichen Erblassers Heinrich Hosseus die Immobilien veräußert habe. Nämlich nach Inhalt eines Akts vom 6. März 1836 vertheilte Johann Hosseus seine Immobilien und Kapitalien unter seine 4 Kinder, und nahm dabei unter Letztern eine vollständige Gleichstellung vor. Die fraglichen Immobilien wurden dabei dem Einen oder Andern der Kinder zugetheilt.

Die Appellaten und Incidentappellanten beschwerten sich ihrerseits darüber, daß der erste Richter ihnen noch einen

Beweis auferlegt habe. Der Akt vom 18. Juni 1805 enthalte eine, wenngleich onerose, Schenkung; auch die onerose Schenkung unterliege dem Rapport, ohne daß es in dieser Beziehung erheblich sey, ob die Last der geschenkten Sache an Werth nahe oder selbst gleich komme; es habe daher sofort auf Rückbringen der Immobilien erkannt werden müssen. Der Art. 918 finde hier keine Anwendung, da der Fall dieses Artikels nicht vorliege. Subsidiarisch müsse, weil der Vertrag formell als Schenkung qualifizirt sey, von den Appellanten der Beweis geführt werden, daß die Schenkung überschwert sey.

Hierauf erließ der Rh. A. G. H. in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentl. Ministeriums folgendes

Urtheil:

I. E., daß die Einrede der Verjährung und die der Unzulässigkeit der Klage in dem angegriffenen Urtheile aus richtigen Gründen verworfen sind und der letztern Einrede überdies die Vorschrift des Art. 887 des B. G. B. entgegensteht;

I. E., daß das durch die Urkunde vom 29. Prair. XIII nachgewiesene Geschäft in derselben nicht nur stets und ausdrücklich als eine Schenkung bezeichnet ist, sondern auch die dabei von den Contrahenten gegenseitig abgegebenen Erklärungen auf unzweideutige Weise zu erkennen geben, daß die Uebertragung des Eigenthums der fraglichen Realitäten von beiden Theilen für eine Handlung der Freigebigkeit angesehen wird, welche Heinrich Hosseus gegen den Erblasser der Hauptappellanten ausgeübt, ungeachtet die Hergabe der Immobilien an die Bedingung einer von Letzterm dem Erstern zu entrichtenden Leibrente geknüpft worden war;

Daß die Stipulation dieser Gegenleistung der Auffassung der Natur des Vertrags als einer Schenkung an sich keineswegs entgegensteht, weil nach den Worten und dem Sinne des Vertrags über die Unterstellung der Parteien kein Zweifel seyn kann, daß durch die Gegenleistung der Vortheil nicht aufgewogen werde, der durch die Ueberlassung der Immobilien dem Erblasser der Hauptappellanten zugewendet werden sollte;

Daß demnach, so lange nicht nachgewiesen ist, daß der jährliche Betrag der Rente den reinen Nutzungsertrag der Immobilien durchschnittlich übersteige und folglich für eine Liberalität in der Wirklichkeit ein Spielraum nicht vorhanden

gewesen sey, in dem Vertrage eine belastende Schenkung zu finden und hiernach seine Wirkung zu ermessen ist;

Daß ein solcher Nachweis aus der Summe, auf welche in dem Akte vom 29. Prairial XIII selbst der Capitalwerth der Immobilien der Enregistrementsabgabe halber veranschlagt worden, sich nicht ableiten läßt und es daher an den Hauptappellanten gewesen wäre, die von ihnen vorgestellte Deutung des Geschäfts als eines der Sache nach lediglich lästigen Vertrags anderweit zu begründen, ohne daß bis dahin die Hauptappellaten mit dem von denselben subsidiarisch erbotenen Beweise, wie in erster Instanz geschehen, belastet werden durften;

Daß jedoch die Hauptappellanten den ihnen obgelegenen Beweis weder geführt, noch sich zur Führung desselben erboten haben, ihr gegen die obige Auslegung des Vertrags erhobener Widerspruch daher als nicht gerechtfertigt keine Berücksichtigung finden kann;

J. E., daß, wenn demnach der besagte Vertrag eine belastende Schenkung involvirt, es einem begründeten Bedenken nicht unterliegt, daß die durch denselben dem Erblasser der Hauptappellanten zugewendeten Vortheile dem Rückbringen unterworfen seyen, da nicht nur nach der im Art. 843 des B. G. B. aufgestellten Regel, jeder Erbe gegen seinen Miterben zur Collation alles dessen verpflichtet ist, was er mittelst Schenkungen unter Lebenden von dem Erblasser unmittelbar oder mittelbar erhalten hat, insofern es ihm nicht ausdrücklich als eine Vorausgabe oder mit Befreiung vom Rückbringen zugewendet worden, sondern auch eine gleiche Verpflichtung in Gemäßheit des Art. 853 ib. in Ansehung der dem Erben auf indirekte Weise aus mit dem Erblasser geschlossenen Verträgen zugekommenen Vortheile besteht;

Daß die von den Hauptappellanten angerufenen Bestimmungen des Art. 918 l. c. auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar sind, da sie sich lediglich auf den Fall einer von dem Erblasser an einen Erben in gerader Linie gegen eine Leibrente geschehenen Veräußerung von Gütern beschränken, und Verhältnisse bedingen, welche lediglich unter Vorbehaltserben eintreten, die Schlußworte des Artikels: ni dans aucun cas par les successibles en ligne collatérale mit dem Falle des Zusammentreffens der Ascendenten und der Collateralsuccession in Beziehung stehen;

Daß der in dem Art. 843 selbst vorgesehene Fall der Befreiung von der Collationspflicht nicht vorliegt;

Daß ferner, nach Maaßgabe des Vertrags vom 29. Prair. XIII, die fraglichen Grundstücke in ihrer vollen Substanz als Gegenstand der dem Erblasser der Hauptappellanten zugewendeten Freigebigkeit betrachtet werden müssen;

Daß in Gemäßheit des Art. 859 ib. das Rückbringen der von dem Schenknehmer nicht veräußerten Immobilien allemal dann in natura gefordert werden kann, wenn sich keine sonstigen Güter derselben Natur, desselben Werths und gleicher Güte in der Erbschaft vorfinden, aus denen den übrigen Miterben ungefähr gleiche Loose angewiesen werden können;

Daß zwar die betreffenden Realitäten bereits unter'm 6. März 1836 vor dem Absterben des Heinrich Hosseus von dem Erblasser der Hauptappellanten unter den Kindern desselben mit vertheilt worden sind, in dieser Handlung jedoch eine Veräußerung im Sinne des Art. 859 nicht gefunden werden kann, da durch dieselbe nur die Erbfolge von dem Erblasser der Hauptappellanten, welcher nach Ausweis der Akten den Heinrich Hosseus überlebt hat, anticipirt worden ist, und im Uebrigen die über die Theilung der Nachlassenschaft des Letztern vorliegenden Verhandlungen ergeben, daß sonstige Immobilien nicht vorhanden gewesen, sonach das Rückbringen in natura Platz greift;

Daß über die Identität der in dem Akte vom 29. Prair. XIII und der in der Klage verzeichneten Grundstücke eine Contestaton nicht erhoben ist;

Daß endlich die Hauptappellanten nach Vorschrift des Art. 856 zur Erstattung der Früchte seit dem Todestage des Erblassers verbunden und nach Maaßgabe dieser Verpflichtung zur Rechnungslegung über dieselben gehalten sind;

Daß hiernach die Incidentberufung gerechtfertigt ist, die Hauptberufung aber von selbst zerfällt.

Aus diesen Gründen

ändert der A. G. H. unter Verwerfung der Hauptberufung auf die Incidentberufung das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Coblenz vom 6. August v. J. ab, verurtheilt an dessen Statt erkennend, die Incidentappellaten die in der Klage bezeichneten Immobilien mit den Incidentappellanten in natura

und zwar in der Art abzutheilen, daß einem jeden der zur Nachlassenschaft des Heinrich Hosseus berechtigten sechs Stämme 1/6 zukömmt und über die von diesen Immobilien seit dem Todestage des Erblassers Heinrich Hosseus gezogenen und zu ziehenden Nutzungen Rechnung zu legen, weis't die Parteien zum Zwecke des weitern Theilungsverfahrens an das Gericht erster Instanz zurück u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 29. December 1847.

Advokaten: Stupp — Seligmann.

Zeugenreprochen.

Der Art. 283 der B. P. O. ist hinsichtlich der gegen Zeugen zulässigen Verwerfungsgründe nicht blos demonstrativ, sondern limitativ.*)

Weber — Bloem.

Den obigen Satz hat der Rh. A. G. H. wiederholt in der vorrubrizirten Sache ausgesprochen, indem er erwog:

Daß eine analoge Anwendung des Art. 283 der P. O. auf andere darin nicht vorgesehene, die Glaubwürdigkeit der Zeugen bedingende Verhältnisse aber unzulässig erscheint, indem der Art. 291 ebendaselbst die strenge Bestimmung enthält, daß die Aussage von Zeugen, bei welchen der Verwerfungsgrund angenommen, gar nicht verlesen werden dürfe;

Daß hierdurch aber unzweideutig an den Tag gelegt ist, daß der Gesetzgeber nur die in dem Art. 283 vorgesehenen Fälle von solcher Bedeutung erachtet hat, daß die Depositionen der Zeugen gar nicht zur Kenntniß des Richters gelangen sollen, während in allen andern Fällen, wo die Glaubwürdigkeit eines Zeugen wegen sonstiger bestehenden Verhältnisse in Zweifel gezogen werden kann, es dem pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts anheim gegeben bleibt, die ihm mitzutheilende Aussage des Zeugen einer nähern Prüfung zu unterwerfen und nach Maaßgabe ihrer inneren Wahrscheinlichkeit und mit Rücksicht auf andere erwiesene Thatsachen ihr größern oder minderen Glauben zu schenken.

I. Senat. Sitzung vom 10. Juli 1848.

Advokaten: Thesmar — Wallraf.

---

*) Vergl. Archiv 25. 1. 201.

Churkölnisches Statut. — Immobilar-Acquest. — Rechte des überlebenden Ehegatten, resp. der Kinder.

Die Bestimmungen des Statuts, unter welchem die Eheleute geheirathet haben, vertreten in Ermangelung eines ausdrücklichen Ehevertrages die Stelle eines stillschweigenden Vertrages; der spätere Wechsel der Gesetzgebung kann daher auf die also festgestellten Rechte **der Eheleute** an ihrem gegenseitigen Vermögen, sowie an der Gütergemeinschaft und deren Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben des Vorverstorbenen keinen Einfluß äußern. — Wenn daher eine unter dem churkölnischen Statut geschlossene Ehe selbst erst unter der Herrschaft des B. G. B., durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird, so kann der überlebende an dem Immobilar-Acquest dieser Ehe keine Eigenthumsrechte in Anspruch nehmen.*)

Rolshoven — Rolshoven.

Der Gutsbesitzer Joh. Georg Rolshoven zu Meschenich verheirathete sich in erster Ehe unter der Herrschaft des churkölnischen Statutarrechts mit Catharina Gudula Geyr, welche am 3. Mai 1811, mithin unter Herrschaft des B. G. B. mit Hinterlassung von neun Kindern verstarb. Auf dieses Sachverhältniß gründete er die Behauptung, daß der Immobilar-Acquest dieser Ehe nach den Grundsätzen des B. G. B. dem Eigenthume nach zwischen ihm und seinen erstehelichen Kindern in der Art zu theilen sey, daß ihm die eine, diesen die andere Hälfte desselben zugewiesen werden müsse. Auf die in diesem Sinne von ihm gegen seine erstehelichen Kinder im Jahre 1847 angestellte Theilungsklage erwiderten die Letztern, nach den Bestimmungen der churkölnischen Rechtsordnung, in Gemäßheit deren der Kläger ja auch das Alleineigenthum des gesammten Mobilar-Acquestes, sowie die lebenslängliche Nutznießung an dem gesammten Immobilar-Acqueste dieser Ehe in Anspruch nehme, sey derselbe an dem

*) Vergl. Arch. 2. 2. 51. — 16. 1. 234. — 29. 2. 6. — 36. 1. 147., 2. 31. — 39. 2. 51.

Eigenthume des Letztern gar nicht betheiligt, da ihm ausdrücklich an diesem Immobilar-Acquest nur die lebenslängliche Nutznießung gewährt werde, das Eigenthum aber durch den Tod der Mutter auf sie, die Kinder dieser Ehe, devolvirt sey. Ueberdieß könne aber auch Kläger schon aus dem Grunde eine Klage auf Theilung nicht anstellen, weil er sich als Nutznießer des ganzen Acquestes in dessen Besitze befinde.

Das Kgl. Landgericht zu Köln erkannte hierauf, wie folgt:

I. E., daß, wie unbestritten feststeht, der Kläger und die Mutter der Verklagten unter der Herrschaft der churkölnischen Rechtsordnung zur Ehe geschritten sind, ohne rücksichtlich der ehelichen Güterrechte eine besondere Vereinbarung getroffen zu haben; daß somit nach allgemeinen Grundsätzen sowohl, als nach §. 3, Tit. 8 jener Rechtsordnung angenommen werden muß, daß die Eheleute stillschweigend, den in dem angeführten Titel enthaltenen desfallsigen Bestimmungen sich haben unterwerfen und solche als Stipulationen eines förmlich abgeschlossenen Ehevertrages haben ansehen wollen; daß selbstredend von dem Augenblicke an, wo jene gesetzlichen Bestimmungen in der gedachten Weise in Beziehung auf die Eheleute die Natur von vertragsmäßigen annahmen, eine Unabänderlichkeit derselben insofern eintrat, als ihr Fortbestehen nun nicht mehr von dem Willen des Gesetzgebers, sondern lediglich von dem der Contrahenten abhieng;

Daß, wie dies rücksichtlich der die Constituirung des gemeinschaftlichen Vermögens bei Eingehung der Ehe betreffenden Bestimmungen unbedenklich ist, so nicht minder auch von denjenigen gelten muß, nach welchen sich bei der dereinstigen Auflösung die Rechte des überlebenden Ehegatten und die der Repräsentanten des Verstorbenen reguliren;

Daß demnach untergebens, wenn auch die gedachte Ehe durch den erst im Jahre 1811 erfolgten Tod der Mutter der Verklagten sich auflöste, als bereits die churkölnische Rechtsordnung durch Einführung des B. G. B. ihre allgemeine Geltung verloren hatte, dennoch deren besondere Anwendbarkeit auf die hier fraglichen Rechte des Klägers um so mehr außer Zweifel steht, als das B. G. B. sich nirgendwo eine rückwirkende Kraft beigelegt hat, und die vordem eingeführten Gesetze vom 8. April 1791 und 17. Nivose Jahres II hier schon aus dem Grunde nicht in Betracht kommen, weil, weder

die Eingehung noch die Auflösung der Ehe unter ihrer Herrschaft erfolgt ist;

Daß nun nach §. 6 Tit. 8 der churkölnischen Rechtsordnung, im Falle in der Ehe Kinder gewonnen worden sind, dem überlebenden Ehegatten an dem Immobilar-Acquest kein Eigenthums-, sondern nur ein Leibzuchtsrecht eingeräumt ist, und daher Kläger gegen die Verklagten, seine Kinder, die beantragte Theilung, da solche lediglich den Immobilar-Acquest zum Gegenstande hat, zu begehren nicht befugt erscheint;

Daß es namentlich einen unabweisbaren Widerspruch darstellt, wenn der Kläger, während er im Uebrigen die churkölnische Rechtsordnung für sich gelten läßt, die Beschränkung der Verklagten auf die Hälfte des Immobilar-Acquestes mit Bezugnahme auf das B. G. B. und dessen Grundsätze über Auseinandersetzung der Gütergemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Erben des verstorbenen Ehegatten rechtfertigen will, indem, mögen auch die Verklagten allerdings nur als Erben ihrer Mutter auftreten, und für ihre desfallsige Qualität die zur Zeit der eröffneten Erbschaft geltenden Bestimmungen des B. G. B. maaßgebend seyn, doch immerhin der Antheil am gütergemeinschaftlichen Vermögen, den sie für ihre Mutter und als deren Repräsentanten zu beziehen haben, eben so gut, wie derjenige des Klägers, die beide sich nothwendig ergänzen, als ein im Augenblicke der eingegangenen Ehe vertragsmäßig und somit unwiderruflich festgestellter anzusehen ist.

Aus diesen Gründen

erkennt das Kgl. Landgericht für Recht, weiset die durch Ladungen vom 29. März und 3. April d. J. erhobene Klage als ungegründet ab, unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Gegen dieses Urtheil wurde Seitens des Klägers, resp. nach dessen mittlerweile erfolgten Tode, Seitens seiner hinterlassenen Wittwe und Kinder zweiter Ehe die Berufung ergriffen, welche deren Anwalt im Wesentlichen durch folgende Ausführungen zu rechtfertigen suchte:

Wenn eine unter dem churkölnischen Statut eingegangene Ehe sich unter demselben Statute durch den Tod Eines beider Eheleute auflöste, so fiel nach Tit. 11 des Statuts die Immobilarerrungenschaft der Ehe an die Kinder derselben und

der überlebende Ehegatte behielt daran die Nutznießung sowie das Mobilar. In untergebenem Falle löste sich die Ehe aber erst im Jahre 1811 durch den Tod der Frau auf, und es entsteht daher die Frage, ob zur Zeit, wo die Intermediaire-Gesetzgebung, namentlich die durch das Reglement über die Successionen vom 17. Floreal J. VI auszugsweise publicirten Gesetze, sowie der Code civil selbst eine neue Successionsordnung eingeführt hatten, den Kindern noch die ganze Immobilärerrungenschaft und nicht vielmehr nur die ihrer Mutter darin zustehende Hälfte anerfallen konnte.

Allerdings sollen neu eingeführte Gesetze nicht rückwirkende Kraft ausüben oder, wie näher angewendet, gesagt wird, erworbene Rechte nicht verletzen und es beruht daher die Frage darin, wie weit erworbene Rechte vorliegen.

In Bezug auf die Rechte des überlebenden der Ehegatten ist allgemein angenommen, daß die Vortheile, welche ihm der Ehevertrag zusichert oder, wo ein solcher nicht errichtet war, das als stillschweigender Ehevertrag angenommene Landes-Statut als solche erworbene Rechte zu betrachten seyen, und daher durch die Einführung einer neuen Gesetzgebung nicht beeinträchtigt werden dürfen, es sey denn, daß letztere ausdrücklich sich Rückwirkung beigelegt.

In Bezug auf die Kinder nimmt das Urtheil a quo an, daß auch diesen durch den stillschweigenden Ehevertrag ihrer Eltern, das Statut, das Recht auf die Immobilarerrungenschaft ihrer Eltern erworben sey, und daß auch dieses erworbene Recht durch die spätere Gesetzgebung nicht habe alterirt werden können. Die Appellanten behaupten dagegen, daß der Anfall dieser Immobilarerrungenschaft an die Kinder keineswegs aus dem stillschweigenden Ehevertrage ihrer Eltern ausfließe, sondern lediglich im Erbrechte des Statuts beruhe. Ist Letzteres wahr, so muß sich das Recht der Kinder unbedenklich nach den Successionsgesetzen der Zeit und des Ortes des Sterbefalles richten.

Regel ist es, daß der Ehevertrag die Bestimmung hat, die Verhältnisse der Eheleute unter sich zu reguliren, sowie überhaupt aus einem Vertrage nur die Paciscenten selbst Rechte erwerben, die allerdings auf ihre Erben übergehen.

Daß die Kinder auch nach dem churkölnischen Statute durch die Eingehung der Ehe ihrer Eltern unter dessen Herr-

schaft keineswegs eigene Rechte erwarben, ergiebt sich unbestreitbar daraus, daß die Eheleute immer noch während der Ehe einen Ehevertrag ohne Zuziehung der Kinder abschließen konnten, worin der Anfall der Immobilarerrungenschaft an die Kinder ausgeschlossen, solche z. B. dem Ueberlebenden selbst zugewiesen oder jede andere sonst gegen ein Gesetz nicht verstoßende Verfügung getroffen werden konnte; daß ferner die Eltern bei ihren Lebzeiten die in der Ehe erworbenen Grundgüter ohne Zuziehung der Kinder veräußern oder sonstige Verfügung darüber treffen konnten.

Hieraus ergiebt sich auch der Ungrund eines mitunter zur Unterstützung der gegenseitigen Ansicht aufgestellten deutschen Gesammteigenthums oder Familieneigenthums bezüglich Eltern und Kinder. Ein solches ist allerdings bei Familienfideicommissen vorhanden, dabei aber auch jedem einzeln Mitbetheiligten und namentlich dem zeitigen Inhaber jede einseitige Disposition untersagt.

Daß auch unter den Eheleuten selbst ein Gesammteigenthum der Errungenschaft nicht bestand, sondern eine wahre Gemeinschaft (Communio) zeigt die Bestimmung des §. 4, Tit. 8, nach welchem, falls nicht Kinder noch entgegenstehende Pacta dotalia vorhanden sind, die in der Ehe anerwonnenen Grundgüter halb dem Ueberlebenden, halb den nächsten Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten anerfallen sollen.

Die Kinder hatten also bei den Verfügungen des Statutes während des Lebens ihrer Eltern nicht den geringsten Einfluß auf die Immobilarerrungenschaft ihrer Eltern, wie soll es daher möglich seyn, daß das einen Ehevertrag stillschweigend vertretende Statut ihnen ein erworbenes Recht auf diese Errungenschaft habe geben können? Erst mit dem Tode eines ihrer Eltern, der gleichzeitig dann den Bruch der Ehe bildete, fing ihr Recht an und gerade diese Epoche des Entstehens des Rechtes mit dem Tode des Parens qualifizirt ihr Recht als ein Erbrecht.

Allerdings erwarben mittelst des durch den Tod eines der Ehegatten herbeigeführten Bruchs der Ehe die Kinder mehr, als der Verstorbene selbst gehabt hatte, nämlich nicht allein dessen Hälfte der Errungenschaft, sondern auch diejenige des Ueberlebenden.

Dieß verstößt allerdings gegen die üblichen Begriffe des Erbrechts, welche die Beerbung eines Lebenden nicht kennen;

aber nur gegen die Begriffe des römischen und unseres Erbrechtes, nicht aber gegen die Begriffe deutschen Erbrechtes. Man denke an die Erbverträge deutschen Rechtes, welche in einer Reihe von Formen über die Erbschaft eines Lebenden verfügen, nicht minder eine Reihe von deutschen Provinzialstatuten, von welchen einzelne sogar bei Lebzeit der Eltern den Kindern die Güter überweisen. Auch selbst das Statut des nächstgelegenen Landes, das jülich-bergische Statut, gab beim Bruche der Ehe den Kindern auf die Güter des Ueberlebenden Rechte, über deren Existenz nie ein Zweifel obgewaltet, sondern nur über den Umfang.

Wenn demnach die Rechte, welche das churkölnische Statut den Kindern der Ehe auf die Immobilarerrungenschaft derselben beim Bruche der Ehe gab, sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als Erbrechte qualifiziren, allerdings bezüglich des Antheils des Ueberlebenden als eine hereditas viventis, so stellt sich dasselbe Resultat aus dem Texte der Landesordnung dar.

Die Landesordnung beginnt mit der Erbfolge Tit. I die testamentarische, die folgenden Titel enthalten die Intestaterbfolge. Der Tit. II handelt davon, wie die Kinder ihre Eltern beerben, und in diesem Titel wird §. 3 den Kindern der Ehe das Recht auf die Immobilarerrungenschaft zugesprochen. Also im Titel vom Erbrecht von Eltern auf Kinder.

Der Tit. VIII mit der Ueberschrift „wie Eheleute einander erben sollen" stellt im §. 6 die Leibzucht des Ueberlebenden mit ihren Pflichten und Rechten fest, und beruht hier in verbis enunciativis: „daß der Letztlebende die gewonnenen Güter nur leibzüchtig sein Leben lang zu genießen habe," aber er denkt sowenig daran, den Kindern hier in diesem Titel, wo er von der Wirkung des Ehevertrags oder des denselben vertretenden Status handelt, das Eigenthum der gewonnenen Güter zuzuweisen, daß es nicht einmal enunciative anführt, daß die Kinder die Eigenthümer im Gegensatze des Nutznießers seyen.

Es bleibt daher wahr, daß das Recht der Kinder auf die Immobilarerrungenschaft ihnen nur im Titel II gegeben wird, der die Erbrechte der Kinder ihren Eltern gegenüber bestimmt, und daß daher auch nach der Stellung jenes Rechtes in der Landesordnung, es nichts als ein Erbrecht ist.

Man führt dagegen noch an, daß der Titel VIII „wie Eheleute einander erben sollen" dem Letztlebenden nichts mehr als die Leibzucht an der Immobilarerrungenschaft gebe und daß dieser daher in Ermangelung eines neuen Gesetzes, welches ihm ein Mehreres gebe, auch jetzt nicht mehr erhalten könne.

Aber der Letztlebende soll ja auch, was die Immobilarerrungenschaft betrifft, von dem Erstverstorbenen nichts erben (den Mobilarantheil erbt er allerdings), sondern nur seinen Antheil behalten. Die Immobilarerrungenschaft erben nach Tit. II. §. 3 allerdings die Kinder der Ehe und es würde der Letztlebende daran nichts, auch nicht die Leibzucht haben, wenn ihm diese nicht der Tit. VIII gäbe, auf welchen der Tit. II, §. 3 schon hinweist. Wenn nun durch ein neues Successions-Gesetz das Erbrecht der Kinder sich ändert, wenn ihnen nun die Totalität der Immobilarerrungenschaft einschließlich des Antheils des Letztlebenden nicht mehr zufällt, so erbt der Letztlebende deßhalb nichts mehr, als ihm der Tit. VIII zuweist; er erbt insbesondere von seinem vorverstorbenen Ehegatten bezüglich des Eigenthums der Immobilarerrungenschaft nichts. Der Antheil desselben geht im Gegentheil auf die Kinder über, aber er behält das Eigenthum seines eignen Antheils, welcher sich nach der alten Successionsordnung auf die Kinder beim Bruche der Ehe vererbt haben würde; er behält das Seinige, weil ein Erbe der alten Successionsordnung, der es ihm freilich als hereditas viventis genommen haben würde, nicht da ist. Und so steht der Tit. VIII der churkölnischen Landesordnung dieser Theorie gar nicht entgegen; und so löst sich die irrige Unterstellung einer sogenannten Wechselwirkung, welche zwischen der Bestimmung des Antheils der Kinder und jener des Letztlebenden bestehen soll.

Es ist dieser Ansicht noch im Urtheil a quo entgegengesetzt worden, daß sie einen unabweisbaren Widerspruch darstelle, indem sie die Vortheile des Statuts für sich in Anspruch nehme, bezüglich der Nachtheile aber, welche die Rechte der Kinder für den Letztlebenden mit sich führten, auf das B. G. B. sich berufe. Unverkennbar liegt in dieser Art der Auseinandersetzung des Letztlebenden mit den Kindern für letztere ein Nachtheil und also eine Unbilligkeit, aber diese hat die Jurisprudenz nicht verhindert, in adäquaten Fällen ganz in demselben Sinne zu erkennen. Nach dem jülich-bergischen Statut z. B.

verfiel beim Bruche der Ehe das eigene Immobilar des Ueberlebenden sowohl als die ganze Immobilarerrungenschaft auf die Kinder, freilich improprie, dagegen hatte er das ganze Mobilar und die Nutznießung an den Immobilien. Diese devolutio impropria verhinderte den Letztlebenden an jeder Veräußerung während des Lebens von Kindern oder Enkeln, sicherte den Letzteren das künftige Eigenthum unter der einzigen Bedingung, daß sie ihren parens überlebten, war also für den Letztlebenden ein großer Nachtheil, für die Kinder von großem Werthe. Und doch hat eine bis heute unverändert feststehende Jurisprudenz dem Letztlebenden alle Vortheile des Statuts, nämlich das ganze Mobilar und die Leibzucht an allem Immobilar belassen, und ihn von dem Nachtheile der devolutio impropria befreit, so daß er über seine Illaten und über die Hälfte der Immobilarerrungenschaft frei verfügen kann — also mehr als ihm das Statut gab, dagegen den Kindern nur die nuda proprietas an den Illaten des Vorverstorbenen und an der Hälfte der Immobilarerrungenschaft belassen, also weniger als ihnen sowohl das Statut als das Civilgesetz gibt.

Einem Uebelstande der Art hätte nur eine transitorische, die Anknüpfung der neuen an die alte Legislation vermittelnde, Gesetzbestimmung vorbeugen können, die Jurisprudenz kann es nicht, da sie einerseits erworbene Rechte der Eheleute achten, andererseits aber, ohne Willkühr zu üben, den Kindern nichts mehr zuweisen kann, als ihnen das neue Erbrecht zuweist.

Das Resultat der Erörterung faßt sich dahin zusammen, 1) die Kinder einer unter churkölnischem Statute eingegangenen Ehe haben auf die Immobilarerrungenschaft der Ehe nicht ein ihnen eigenes Recht, also unter diesem Titel nicht einen Anspruch darauf, 2) sie haben ebenso wenig als Repräsentanten des Erstverstorbenen ein Recht auf die Totalität derselben, weil ihr Autor es selbst nicht hatte, 3) wenn ihnen nun beim Bruche der Ehe dennoch die Totalität der Immobilarerrungenschaft gegeben wurde, so kann ihr desfallsiges Recht nur ein Erbrecht sein, bezüglich der Hälfte des Erstverstorbenen ein gewöhnliches, bezüglich der Hälfte des Ueberlebenden ein außergewöhnliches, nämlich über Vermögen einer noch lebenden Person.

Aber abgesehen von der rechtlichen Natur dieses Anfalles, läßt eine Uebersicht der verschiedenen Bestimmungen der Intermediärgesetzgebung wohl keinen Zweifel, daß diese ihn habe abschaffen wollen und abgeschafft habe. Der Art. 1 des Gesetzes vom 15. April 1791, publizirt als Art. 2 des Reglements sur les successions vom 17. Flor. J. VI. erklärt die Gewohnheitsrechte abgeschafft, welche unter den in verschiedenen Ehen erzeugten Kindern eine verschiedene Theilungsart der Güter ihres Vaters oder ihrer Mutter feststellen. Wer will zweifeln, daß im Jahre 1798 und später ein Theil der Immobilarerrungenschaft des überlebenden Vaters zu seinem Vermögen gehörte? Denn damals, vor dem Bruche der Ehe, hatten doch sicher die Kinder noch kein Recht darauf.

Die Art. 13 und 14 des Gesetzes vom 17. Nivose J. II. Art. 34 und 35 des cit. Reglements lassen bestehen die avantages singuliers ou réciproques entre les époux au profit du survivant. Der Art. 10 des interpretativen Dekrets vom 22. Ventose J. II. gibt ausdrücklich als Absicht der vorhergehenden Gesetze an, daß das restrictive System derselben nicht die Dispositionen unter den Eheleuten betreffe. Aus dieser und einer Reihe anderer Gesetzstellen, in jenem Reglement publizirt, spricht sich unverkennbar die in der damaligen politischen Tendenz liegende Absicht aus, daß alle Dispositionen, die Rechte der Kinder betreffend, abgeschafft und nur jene, die Rechte der Eheleute unter sich betreffend, aufrecht erhalten sein sollen (und zwar auch dies sogar noch mit Modifikationen), daß unter den Kindern desselben parens völlige Gleichheit bezüglich der Theilung der Güter stattfinden solle.

Als diese Gesetze hier eingeführt wurden, bestand die Ehe der Eheleute Rolshoven noch, den Kindern stand daher ein Recht auf die Immobilarerrungenschaft ihrer noch lebenden beiden Eltern nicht zu, da es erst mit dem Bruche der Ehe entsteht; vom Tage der Publication jener Gesetzgebung (17. Floreal J. VI) war das Gewohnheitsrecht, welches in der Theilung der Güter desselben Vaters den Kindern erster Ehe einen Vorzug bezüglich derjenigen Güter gab, welche in dieser Ehe erworben wurden, abgeschafft und es verstößt daher direct gegen das in jenen Gesetzbestimmungen klar niedergelegte Princip der gleichen Theilung unter den Kindern

wenn man später noch ein Anrecht auf gleiche Theilung will entstehen lassen.

Wenn das Urtheil a quo in einem seiner Motive annimmt, daß die Intermediäre-Gesetzgebung aus dem Grunde nicht in Betracht komme, weil weder Eingehung noch Auflösung der Ehe unter ihrer Herrschaft erfolgt sey, so ist dies ein offenbarer Irrthum, der einer besondern Widerlegung nicht bedarf. Was jene Gesetzgebung aufgehoben hatte, bedurfte nicht mehr der Aufhebung durch den Code civil.

Der Anwalt der Appellaten berief sich zur Widerlegung dieser Ausführung im Wesentlichen auf die Gründe des Urtheils a quo, sowie auf die neuere Jurisprudenz, namentlich des Revisions- und Cassationshofes.

Das öffentl. Ministerium beantragte gleichfalls die Verwerfung der eingelegten Berufung, indem es bemerkte: In Ermangelung vertragsmäßiger Bestimmungen über die Güterverhältnisse zukünftiger Eheleute müßten unbedenklich die Statuten, unter deren Herrschaft die Ehe eingegangen worden, die Stelle solcher vertragsmäßiger Bestimmungen vertreten. Dieser Grundsatz müsse selbst da seine volle Wirkung äußern, wo, wie im vorliegenden Falle, die Ehe unter einer Gesetzgebung geschlossen worden, welche die Errichtung oder Abänderung von Eheverträgen auch während bestehender Ehe gestatteten, da gerade der Umstand, daß von einer solchen Befugniß kein Gebrauch gemacht worden, beweise, daß die Eheleute fortwährend bei ihrer ursprünglichen Absicht verblieben seyen, daß ihre ehelichen Güterverhältnisse nach dem Statut regulirt bleiben und werden sollen. Wenn nun der §. 6 Tit. 8 der churkölnischen Rechtsordnung bestimme, daß wenn der Erstabgestorbene von beiden Eheleuten Kinder aus selbiger Ehe hinter sich im Leben verlasse, alsdann zwar das Letztlebende alle Fahrniß für sich behalten, den Heirathspfennig aber u. s. w. wie auch die **gewonnenen Güter nur leibzüchtig sein Lebelang zu genießen haben solle**, so liege in dieser Bestimmung — als Vertragsklausel für die beiden Ehegatten betrachtet — Seitens desjenigen, welcher der Längstlebende bleibe, die Erklärung, das Versprechen, daß er auf das **Eigenthumsrecht** an demjenigen Theile der Immobilarerrungenschaft, welcher ihm, abgesehen von dem Statute resp. dem Vertrage, nach Auflösung der Ehe

durch den Tod des andern Ehegatten würde verblieben seyn, keinen weitern Anspruch machen wolle, also darauf verzichte. Wem dieses Eigenthum zufalle, komme hier einstweilen nicht in Betracht; es genüge vielmehr, daß der überlebende Ehegatte auf das Eigenthum (vertragsmäßig) verzichtet habe, mithin nicht hinterher dieses Eigenthum, sey es gegen wen es wolle, wieder in Anspruch nehmen könne, — wie solches durch die vorliegende Klage von dem Rolshoven beabsichtigt worden sey. Eben deshalb scheine es auch in der gegenwärtigen Sache auf eine Erörterung der Frage, ob die Kinder erster Ehe in Folge Erbrechts oder wie sonst Eigenthümer jenes Immobilaracquestes geworden, nicht weiter anzukommen.

Der A. G. H. erkannte hierauf, wie folgt:

J. E., daß die Eheleute Johann Georg Rolshoven und Catharina Gudula Geyr sich unter der Herrschaft der churkölnischen Rechtsordnung verehlicht hatten und diese Ehe im Jahr 1811 durch den Tod der Letztern aufgelöst worden ist;

Daß in Ermangelung eines ausdrücklichen Ehevertrags die Bestimmungen jener Rechtsordnung die Stelle eines stillschweigenden Vertrags vertraten und der spätere Wechsel der Gesetzgebung auf die vertragsmäßig festgestellten Rechte der Eheleute an ihrem gegenseitigen Vermögen, sowie an der Gütergemeinschaft und deren Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehemanne und den Erben der Ehefrau keinen Einfluß äußern konnte;

Daß die Rechte des Johann Georg Rolshoven zufolge §. 6 Tit. VIII des vorerwähnten Statuts darin bestanden, daß er als Letztlebender alle Fahrniß eigenthümlich für sich behielt und außerdem die lebenslängliche Nutznießung sowohl von dem Sondergut seiner Ehefrau, als an der Immobilarerrungenschaft hatte, dagegen aber auf das Eigenthum dieser Immobilien keinen Anspruch machen konnte.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die Berufung von dem Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 12. November 1847 mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 4. Dezember 1848.

Advokaten: Kyll — Stupp.

Ehefrau. — Handelsgesellschaft. — Austritt.

Luchtenberg — Weber.

In der rubrizirten Sache hat der A. G. H. den Satz ausgesprochen: daß eine unverheirathete Frauensperson, welche Theilhaberin einer Handlungsgesellschaft ist, durch ihre Verheirathung aus der Societät sofort und von Rechtswegen nicht austrete, weil der Art. 1815 des B. G. B. die Verheirathung nicht für einen Auflösungsgrund der Gesellschaft erkläre und eine ausdehnende Erklärung dieses Gesetzes bei dessen bestimmter Fassung unzulässig sey.

I. Senat. Urtheil vom 5. Juni 1848.

Advokaten: Thesmar — Kyll.

Arrest auf Grund einer Präsidial-Ordonnanz. — Entscheidung in der Hauptsache.

Wenn ein Arrest auf Grund einer Präsidial-Ordonnanz angelegt wird, mithin bei der Verhandlung über die Gültigkeit des Arrestes eine Verurtheilung des Arrestverklagten in Bezug auf die Hauptsache noch nicht vorliegt, so muß die Entscheidung in der Hauptsache mit jener über die Gültigkeit des Arrestes verbunden werden.

Dumont — Cron.

Dumont legte in Folge einer richterlichen Ordonnanz Arrest an, und lud seinen Schuldner Cron ab, um den Arrest für gültig und gleichzeitig die persönliche Verurtheilung des Arrestverklagten erkennen zu hören.

Cron wendete ein: die Klage in soweit solche auf seine Verurtheilung gerichtet, sey dem Sühneversuche unterworfen, und weil dieser nicht stattgefunden, unzulässig.

Das Kgl. Landgericht zu Köln, erwägend, „daß in dem Arrestprozesse nur die Gültigkeit des Arrestes Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung seyn kann, und nur in sofern und in Beziehung hierauf lediglich die Frage, ob die Forderung, für welche Arrest angelegt worden, begründet sey oder nicht, zu untersuchen und festzustellen ist, daß es aber

unzulässig erscheint, mit der Klage auf Gültigkeit des Arrestes zugleich auch die Klage auf Verurtheilung zu verbinden, und daher der desfallsige Antrag des Klägers als unstatthaft abzuweisen ist," — wies die Klage auf Verurtheilung als unstatthaft ab.

Zur Rechtfertigung der von Dumont eingelegten Berufung wurde angeführt: wenn nicht ein Judicat Basis des Arrestschlages sey, sondern bloß die Ordonnanz, so sey es unumgänglich, zunächst die Schuld des Arrestverklagten festzustellen; sey der Arrest-Richter zur Hauptsache competent, so müsse er selbst zunächst die Verurtheilung aussprechen, und dann als Folge den Arrest gültig erklären,*) sey er incompetent, so könne er die Justifikation des Arrestes aufschieben, bis der competente Richter über die Hauptsache erkannt habe; zudem sey die Cumulation der beiden Punkte nirgend verboten, und also nach dem Grundsatze der Prozeß-Oeconomie zulässig.

Der A. G. H. reformirte die Entscheidung des Landgerichts weil „die Annahme des ersten Richters, daß in einem Arrestprozesse eine gleichzeitige Verurtheilung des Arrestverklagten zur Zahlung der Hauptsumme selbst unzulässig sey, sich als irrig herausstellt, indem keine gesetzliche Bestimmung eine solche Maaßregel verbietet, selbige vielmehr in der Natur der Sache gegründet, und im Interesse der Vereinfachung der Prozesse überall als nothwendig sich herausstellt, wo ohne Titel und nur kraft einer richterlichen Ordonnanz ein Arrest angelegt worden ist."

I. Senat. Sitzung vom 13. November 1848.

Advokaten: Forst — Kyll.

Wechsel für Rechnung. — Deckung.

Der Zieher eines Wechsels für Rechnung eines Dritten hat das Recht auf Zahlung gegen den Acceptanten, wenn dieser auch keine Deckung erhalten. Art. 115 des H. G. B. Cabinets-Ordre vom 31. Oktober 1832.

---

*) cf. Chauveau-Carré tome IV. nro. 1945 Septies. (ad art. 563) und die Citate daselbst.



Frank-Kônen — Hammer.

Der von Hammer gegen Frank-Kônen eingeklagte Wechsel lautete:

„Am ꝛc. zahlen Sie gegen diesen Prima-Wechsel an die Verordnung von mir selbst die Summe von 865 Thlr. Werth in mir selbst, und stellen solchen auf Rechnung A. K.

Herrn Frank-Kônen. J. Hammer.

Angenommen für 865 Thlr.

Frank-Kônen."

Am Handelsgerichte zu Köln ergingen gegen den Acceptanten zwei Contumazial-Urtheile. In appellatorio waren die Parteien darüber einig, daß A. K. der Kaufmann August Klinkenberg sey, und vor Verfall und Protest fallirt habe; Frank-Kônen aber behauptete, daß er keine Deckung erhalten, worüber er Beweis erbot, und daß Hammer zu ihm in dem Verhältnisse eines Mandanten gestanden, mithin zur Anstellung der Wechselklage nicht befugt sey.

Urtheil:

J. E., daß zwar im Allgemeinen durch die Ausstellung eines Wechsels zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen nur ein Vollmachtsverhältniß begründet wird, vermöge dessen Ersterer den Letzteren beauftragt, zu einer bestimmten Zeit an eine bestimmte Person eine Zahlung zu leisten;

Daß aber im vorliegenden Falle aus der vorgelegten Tratte vom 18. November v. J. in Verbindung mit dem Schreiben des August Klinkenberg vom selbigen Datum und demjenigen des Appellanten vom 24. November v. J. mit Bestimmtheit hervorgeht, daß es sich von einem für Rechnung eines Dritten gezogenen Wechsel handelt;

Daß für einen solchen Fall die Cab.-Ordre vom 31. Octbr. 1832 vorschreibt, daß die Deckung von demjenigen angeschafft werden müsse, für dessen Rechnung ein solcher Wechsel gezogen worden, und daß der Bezogene, sofern er gewußt habe, daß der Wechsel für Rechnung eines Dritten gezogen worden, sich wegen seiner Deckung nur an den Dritten halten könne und keinen Anspruch gegen den Aussteller habe;

Daß hiernach, wo mit Rücksicht auf die vorhin ange-

führten Urkunden es nicht bezweifelt werden kann, daß der Appellant wirklich es gewußt hat, derselbe auch nicht befugt erscheint, die Einrede der mangelnden Deckung gegen den Appellaten geltend zu machen; daß ebensowohl der Dritte, für dessen Rechnung der Wechsel gezogen worden, für den Bezogenen den eigentlichen Vollmachtsgeber darstellt und nur zwischen diesen das bereits oben angedeutete civilrechtliche Verhältniß besteht; daß dagegen derjenige, welcher für Rechnung des Dritten den Wechsel gezogen, im vorliegenden Falle der Appellat Hammer, als eine von jenen beiden Parteien verschiedene Person erscheint, welcher gegenüber der Appellant durch die unbedingte Acceptation des auf ihn gezogenen Wechsels die wechselmäßige Verpflichtung der Zahlung übernommen hat;*)

Daß hiernach die übrigen von dem Appellanten artikulirten Thatsachen, worauf sich die subsidiarisch erbotenen Beweise beziehen, sich als unerheblich darstellen.

Aus diesen Gründen

verwirft 2c.

I. Senat. Sitzung vom 12. Dezember 1848.

Advokaten: Wallraf — Forst.

Steuerempfänger. — Caution. — Dritter. — Hypothekbestellung. — Defect. — Regierungsbeschluß. — Regreß. — Bürge. — Persönliche Gründe. — Andere Empfänge. — Schwachsinn. — Collocation für denselben Regreß.

Hat ein Dritter Hypothek zur Sicherheit der von einem Steuerempfänger zu bestellenden Amtscaution bestellt, und ist gegen Letztern durch Beschluß der Regierung ein Defect festgestellt worden, ohne daß er dagegen ein Rechtsmittel ergriffen; so kann der Hypothekbesteller, als Bürge, nur aus ihm persönlichen Gründen die Regreßverbindlichkeit bestreiten. — Nicht aus-

*) cf. Sirey XIX. 1. 285.

reichend hierzu ist die spätere Uebertragung von Gemeindekassen an den Empfänger, auch nicht der seit längerer Zeit eingetretene Schwachsinn desselben, insofern nicht die Regierung selbst davon Kenntniß hatte. — Sind dem Fiskus für dieselbe Caution zwei verschiedene Hypotheken bestellt, so kann er bis zur Befriedigung beide in Anspruch nehmen.

§§. 3, 4, 16 der Verordnung vom 24. Januar 1844.
Art. 2036 des B. G. B.

Regierung zu Düsseldorf — Striebeck.

Der Steuerempfänger Bierbach zu Wermelskirchen hatte in dieser Eigenschaft dem öffentlichen Schatz des damaligen Großherzogthums Berg eine Amtscaution von 6000 Franken zu stellen. Zur Sicherheit der Hälfte derselben verpfändete die Wittwe Striebeck im Notarialact vom 24. Dezember 1813 ein ihr gehöriges, zu Gummersbach gelegenes Haus, welches für jede aus dem Amte entspringende Verbindlichkeit, jede Nachlässigkeit, oder jedes Vergehen, des Bierbach in Anspruch genommen werden könne.

Durch Beschluß der Kgl. Regierung zu Düsseldorf vom 25. October 1845 wurde gegen denselben ein Kassendefect von 9707 Thlr. festgestellt, von welchem auf die Steuerkasse 1197 Thlr., auf die von ihm gleichzeitig verwalteten Communalkassen der Bürgermeistereien Wermelskirchen, Dabringhausen, Burg und Hückeswagen der Rest kommt. Diesen Beschluß ließ die Regierung dem Bierbach am 11. d. flgd. Monats mit Zahlungsaufforderung zustellen, ohne daß von seiner Seite, mit Bezug auf den §. 16 der Verordnung vom 24. Januar 1844 dagegen der Rekurs ergriffen oder ein Antrag auf rechtliches Gehör hinsichtlich der Ersatzverbindlichkeit oder der Höhe des Defects erhoben worden ist. Da indeß Zahlung nicht erfolgte, so wandte sich dieselbe klagend gegen die Wittwe Striebeck, damit sie befugt erklärt werde, das Haus der Verklagten für den gedachten Defect, bis zur Concurrenz von 769 Thlr. 12 Sgr. 11 Pfg., mit Zinsen vom Tage der Klage, in Anspruch zu nehmen.

Mit folgenden Einreden trat diese der Klage entgegen. 1) Sie habe allerdings das Unterpfand zu jedem aus einer Nachlässigkeit, oder aus einem Vergehen hervorgehenden Schaden

der Steuer-Kassa gestellt, aber so wenig von jener als diesem könne hier die Rede seyn, indem der des Defects wegen zur Untersuchung gezogene Bierbach durch Beschluß der Rathskammer des Landgerichts zu Elberfeld vom 22. September 1845 wegen völliger Unzurechnungsfähigkeit außer Verfolgung gesetzt worden, überhaupt sich aus den Untersuchungsacten, besonders aus dem ärztlichen Gutachten vom 20. August ejusd. ergebe, daß er sich mindestens schon seit drei Jahren vor Entdeckung des Defects im Zustande gänzlichen Schwachsinns befunden habe; 2) dessen Sohn Friedrich habe schon seit vielen Jahren das Amt mit stillschweigender Genehmigung der Regierung versehen, da dieser die Unfähigkeit des Vaters schon eben so lange bekannt gewesen, jedenfalls vermöge der periodischen Kassenrevisionen bekannt geworden seyn mußte. Für dessen Verwaltung habe sie jedoch nicht Sicherheit gestellt und müsse es sich die Regierung selbst zuschreiben, wenn sie durch ihre Handlungsweise in Schaden gerathen.

Die Letztere bestritt dagegen, von der Amtsunfähigkeit des Bierbach, der auch stets unterzeichnet habe, Kenntniß gehabt zu haben, und um so mehr, daß das Amt mit ihrem Vorwissen von dem Sohne verwaltet worden. Wenn Bierbach die Abnahme seiner Kräfte, und die daraus folgende Nothwendigkeit, seinem Sohne die Geschäftsverwaltung zu überlassen, der vorgesetzten Behörde verschwiegen habe, so liege hierin eine Nachlässigkeit, für welche er einzustehen habe, und daher auch die von der Wittwe Striebeck gestellte Hypothek angegriffen werden könne.

Das hiesige Landgericht wies indeß durch Urtheil vom 27. April 1847 die Klage ab. Es geht von der Ansicht aus, daß die Verklagte nur für solche Handlungen des gedachten Empfängers einzustehen versprochen habe, welche ihm zugerechnet werden können. Dieser sey aber zufolge der gegen ihn geführten Untersuchung, und namentlich nach dem ärztlichen Gutachten vom 20. August 1845 mindestens schon seit drei Jahren in einem Zustande völliger Unzurechnungsfähigkeit gewesen, und die während dieser Zeit durch seine Handlungen und Unterlassungen den Kassen verursachten Beschädigungen müßten daher als das Resultat des bloßen Zufalls erachtet werden, wofür die Verklagte nicht verbindlich erscheine. Daß aber der Defect aus einer Zeit herrühre, wo dieser Zustand des Empfängers noch nicht eingetreten, sey durch den

Beschluß vom 25. Oktober nicht festgestellt, und wenn auch in den Untersuchungsacten darüber Anzeigen vorgekommen, daß bereits im Jahre 1818 ein Defect von einigen Hundert Thlrn. bestanden, so sey doch gar nicht aufgeklärt, ob dieser fortgedauert, ob er in der Steuer- oder in den Communalkassen bestanden und auf welche Höhe er vor eingetretener Unzurechnungsfähigkeit des Bierbach angewachsen sey, so daß es an den Voraussetzungen fehle, auf welche eine Verurtheilung der Verklagten gegründet werden könne.

Gegen dieses Urtheil hat die Regierung die Berufung ergriffen, und, unter Wiederholung der in erster Instanz zur Unterstützung der Klage vorgebrachten Gründe, mit Bezug auf jene des ersten Richters den Satz voran aufgestellt, daß in civilrechtlicher Beziehung nur die wirkliche Interdiction des Bierbach, resp. der Beweis, daß zur Zeit, wo der Defect entstanden, schon die Ursachen der Interdiction vorhanden gewesen (Art. 489, 503 des B. G. B.) die Verantwortlichkeit desselben aufheben und so auch die Ansprüche der Regierung auf das Haus der Appellatin beseitigen könnten; daß aber eine im Untersuchungsverfahren angenommene Unzurechnungsfähigkeit des Beschuldigten nicht geeignet sey, an die Stelle jenes Beweises zu treten.

Die Appellatin vermehrte ihre Einwendungen gegen die Klage um zwei, indem sie vorbrachte, nicht eingewilligt zu haben, daß Bierbach später mit der Verwaltung von vier Gemeindekassen beauftragt worden sey, was dessen Geschäftskreis bedeutend vermehrt und es ihm um so weniger möglich gemacht, dem Steuerempfange seine Kräfte zu widmen; dann behauptete sie, daß die Regierung bei der Verfolgung dieser Klage ohne Interesse und daher ohne Klagerecht sey, da solche bei dem über den Kaufpreis des von Franz Theodor Heuser für den nämlichen Gegenstand zur Hypothek gestellten Hauses eingeleiteten Collocationsverfahren für die Summe von 769 Thlr. 6 Sgr. 11 Pfg. bereits nützlich locirt worden. Mit diesem letztern Einwande wurde der Antrag verbunden, die Regierung möge sich, unter Vorlegung der betreffenden Acten, und eventuell eidlich, darüber erklären, ob sich die Sache nicht, wie oben angegeben, verhalte.

Von der Appellantin wurde diesem entgegengestellt, wie die Lage der Appellatin bezüglich ihrer eventuellen Regreß-

pflichtigkeit, für den Empfänger Bierbach durch die an ihn geschehene Uebertragung von Gemeindekassen nicht verschlimmert worden, und übrigens im Executiv-Prozesse es noch Zeit seyn werde, den Beweis der Zahlung zu liefern, welche nach der eigenen Angabe der Appellatin noch nicht erfolgt sey.

Auf diese Verhandlungen erließ der A. G. H., in Uebereinstimmung mit den Conclusionen des öffentl. Ministeriums, folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß die Appellatin, in der Bürgschafts-Urkunde vom 24. Dezember 1813 für die Hälfte der Dienstkaution des Steuerempfängers Bierbach dem öffentlichen Schatze ihr Wohnhaus zum speciellen Unterpfande in der Art gestellt hat, daß dasselbe bis zur Höhe der bestimmten Summe von 1000 Rthlr. haften und der Staat hierin wegen jeder Nachlässigkeit oder Vergehen des Empfängers Schadloshaltung zu suchen berechtigt seyn solle;

Daß es demnach keinem Zweifel unterliegt, daß die Appellatin mit dem verpfändeten Objecte und soweit solches reicht, für alle diejenigen Ansprüche aufkommen muß, die der Appellantin aus der Kassenverwaltung des Bierbach rechtlich zustehen;

Daß nun durch Regierungsbeschluß vom 25. Oktober 1845 der Defect des Letztern gemäß dem Gesetze vom 24. Januar 1844 gehörig festgestellt und gegen diesen Beschluß nach dessen unterm 11. November ej. erfolgter Insinuation kein Rechtsmittel eingelegt worden, die Ersatzpflicht des Bierbach mithin in quali et quanto rechtskräftig feststeht, demnach eine fernere hierauf bezügliche Erörterung im vorliegenden Verfahren nicht weiter stattfinden kann, und sich nur fragt, ob die Appellatin aus besondern, ihr persönlichen Gründen ihre Regreßverbindlichkeit von sich abzulehnen vermag;

Daß zunächst die spätere Uebernahme verschiedener Communalkassen einen derartigen Grund nicht bildet, theils weil nicht abzusehen ist, weshalb hierdurch die Stellung der Bürgin eine veränderte und schlechtere geworden seyn sollte, das Gegentheil vielmehr wegen der verbesserten Lage des Steuerempfängers im Zweifel anzunehmen seyn würde, theils weil diese Uebertragung von Seiten der höhern Behörde durch die bereits ergangene großherzoglich bergische Verordnung vom 28. Juli 1809 sich rechtfertigte und selbst nothwendig wurde;

Daß wenn eine strengere Beaufsichtigung und eine genauere Kassenrevision die Entstehung eines Defects wirklich verhindert oder denselben doch schon früher, ehe er noch zu der spätern Höhe erwachsen, zur Entdeckung gebracht haben möchte, die daraus sich ergebende Nachlässigkeit der betreffenden Beamten allerdings Regreßansprüche wider dieselben begründen, keineswegs aber die aus der bestellten Amtscaution entstandenen eventuellen, durch die Appellantin vertretenen Rechte des Staats vernichten und somit der Appellatin zum Vortheil gereichen könnte;

Daß nach den Resultaten der Criminaluntersuchung der Rendant Bierbach anscheinend schon seit längerer Zeit vermöge seiner körperlichen und geistigen Schwäche zu keinem eigentlichen und vollständigen Geschäftsbetriebe fähig gewesen, seine Thätigkeit sich daher auf das Unterzeichnen der Berichte beschränkte und die Kassenverwaltung selbst seinem Sohne Friedrich Bierbach überlassen blieb;

Daß die Appellantin indeß bestreitet und kein Beweis dafür vorliegt, daß sie diese Verhältnisse gekannt und ihre Einwilligung zu jener Vertretung ertheilt habe, durch die nicht geschehene Anzeige Seitens der Aufsichtsbeamten aber ein Verlust der Rechte des Staats nicht herbeigeführt werden konnte;

Daß endlich die Tilgung der fiskalischen Forderung nicht behauptet wird, der Appellantin aber unbenommen ist, ihre Ansprüche aus den von der Appellatin und von Franz Theodor Heuser bestellten Cautionen gleichzeitig zu verfolgen.

Aus diesen Gründen

erklärt der Hof, unter Reformation des Urtheils des hiesigen Landgerichts vom 27. April 1847 die Appellantin für wohl befugt: das von der Appellatin durch den notariellen Akt vom 24. Dezember 1813 als Caution gestellte, ihr eigenthümlich zugehörige, zu Gummersbach gelegene, mit Nro. 50 bezeichnete Haus für den festgestellten Defect der Steuerkasse zu Wermelskirchen bis zur Concurrenz der Summe von 769 Thlr. 12 Sgr. 11 Pfg. nebst Zinsen vom Tage der Klage (4. Mai 1846) im Wege Rechtens in Anspruch zu nehmen, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 23. November 1848.

Advokaten: von Hontheim — Stupp.

Res judicata. — Einrede der verspäteten Lieferung, der fehlerhaften Beschaffenheit der Waare.

Der Käufer einer Waare, welcher, unter Verwerfung seiner Einrede der verspäteten Lieferung, zur Annahme der Waare rechtskräftig verurtheilt und für verpflichtet erklärt wird, bei Verfall des stipulirten Zahlungstermines den Preis dafür zu zahlen, kann in dem spätern Rechtsstreite über die Zahlung dieses Preises mit früher nicht vorgeschützten Einreden wegen mangelhafter Qualität der Waare nicht ferner gehört werden.

Isaac — Peltzer.

Im Juni 1847 ließ das in Köln unter der Firma A. et L. Isaac bestehende Handlungshaus den Kaufmann Peltzer zu Düsseldorf vor das dortige Handelsgericht laden, um sich verurtheilen zu hören, die ihm am 21. Mai jenes Jahres facturirten 32 Ballen Reis anzunehmen und allen aus der verweigerten Annahme entstandenen und noch entstehenden Schaden zu tragen, vorbehaltlich der Zahlung des facturirten Preises von 416 Thlr. 20 Sgr. beim Verfalle. Die einzige Einrede, welche damals der Verklagte dieser Klage entgegensetzte, bestand darin, die Lieferung sey dem mündlichen Vertrage entgegen zu spät effectuirt worden. Ein auf diese Behauptung bezüglicher, dem Kläger zugeschobener Eid wurde von diesem ausgeschworen und nunmehr der Verklagte durch Urtheil vom 4. Dezember 1847, welches durch ein Urtheil des A. G. H. vom 5. Mai 1848 bestätigt wurde, unter Verwerfung seiner Einrede und zwar bei Gefahr der Körperhaft verurtheilt, „die ihm am 21. Mai 1847 facturirten 32 Ballen Reis anzunehmen und allen aus der verweigerten Annahme entstandenen und entstehenden Schaden zu tragen, vorbehaltlich der Zahlung des facturirten Preises von 416 Thlr. 20 Sgr. beim Verfalle."

Im Laufe des Jahres 1848 lud sodann der Kläger den Verklagten abermals vor, um sich nunmehr auch zur Zahlung des mittlerweile erfallenen Preises für jenen Reis im Betrage von 416 Thlr. 20 Sgr. verurtheilen zu hören. Jetzt erst stellte der Verklagte Peltzer unter dem Erbieten des Beweises durch Zeugen und Sachverständige die Behauptung auf, daß

der fragliche, bei Cretschmar lagernde Reis schlecht geschält, voller Staub und mit Steinen vermengt, von müffigem und stockigem Geruche und überhaupt in einem schlechten Zustande sey, daß auch dieser Zustand weder in der Zeit des Lagerns bei Cretschmar, noch in Beziehung auf den Ort der Lagerung habe eintreten können. Das Handelsgericht zu Düsseldorf ging auf dieses Beweiserbieten ein, indem es erwog:

Daß das frühere Urtheil sich nur auf die Einrede der zu späten Lieferung beziehe, daher der Verklagte, welcher erst vom Tage der Rechtskraft jenes Urtheils an, befugt war, die Waare zu untersuchen, noch gegenwärtig wegen der Qualität des Reises Exceptionen zu machen berechtigt erscheint, und zwar um so viel mehr, als er sofort nach dem Tage der Zustellung des Erkenntnisses sich zu der Nachforschung der Eigenschaft bemühete.

Gegen dieses den angebotenen Beweis zulassende Urtheil vom 21. Juli 1848 ergriff Isaac das Rechtsmittel der Berufung. Durch die frühern Urtheile — so sagt er — sey die Verpflichtung des Verklagten und Appellaten zur Annahme der Waare unbedingt, und sogar seine Verpflichtung zur Zahlung des Preises, letzteres jedoch unter dem Vorbehalte „beim Verfall“ anerkannt und ausgesprochen worden. Hierüber sey res judicata vorhanden und es könne daher der Verklagte jetzt nicht mehr mit anderweitigen Einreden gehört werden, welche seine Verpflichtung zur Annahme der Waare überhaupt, sowie zur Zahlung des Preises nach dem nunmehr unbestrittener Maaßen eingetretenen Verfalle wieder in Zweifel ziehen oder aufheben sollten.

Seitens des Appellaten wurde hierauf erwidert, die frühern Urtheile könnten nur res judicata bilden über dasjenige, was damals streitig und also Gegenstand der Entscheidung gewesen. Damals habe es sich aber nur gefragt, ob die Lieferung rechtzeitig geschehen sey, nur über diese Einrede sey damals erkannt worden, nur hierüber also auch res judicata vorhanden; die Einrede der schlechten Qualität der nach der Behauptung des Verklagten zu spät gelieferten Waare, welche er eben deswegen, abgesehen von ihrer Qualität, anzunehmen sich nicht für verpflichtet gehalten habe, habe er damals zu machen nicht nöthig gehabt, ja in seinem Systeme consequenter Weise nicht einmal machen können. So gewiß er daher, wenn er ohne vorherige richterliche Entscheidung damals die Zeit der geschehenen Lieferung als die richtige angenommen hätte,

gegen die Qualität der Waare noch Ausstellungen habe erhoben und die Zahlung des Preises wegen fehlerhafter Beschaffenheit derselben habe verweigern können, so gewiß müsse ihm dieses letztere Recht auch gegenwärtig noch zustehen, nachdem durch die frühern Urtheile nur erkannt worden, daß seine Einrede der verspäteten Lieferung unbegründet sey.

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß durch das rechtskräftig gewordene Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Düsseldorf vom 4. Dezember 1847 der Appellat Peltzer verurtheilt ist: „die am 31. Mai ej. facturirten 32 Ballen Reis anzunehmen und allen aus der verweigerten Annahme entstandenen und entstehenden Schaden zu tragen, vorbehaltlich der Zahlung des facturirten Preises von 416 Thlr. 20 Sgr. beim Verfall;"

Daß hierdurch die vollgültige Kraft und Wirksamkeit des unter den Parteien geschlossenen Vertrages der Art ausgesprochen ist, daß es dem Appellaten nicht mehr gestattet sein kann, gegenwärtig dagegen noch neue, früher auch nicht einmal eventuell vorgebrachte Einreden wegen mangelhafter Qualität der Waare geltend zu machen, da jene rechtskräftige Verurtheilung zur Annahme der Waare in ihrer Wirkung jedenfalls einer Seitens des Käufers ausdrücklich und ohne Vorbehalt geschehenen Annahme derselben gleichgestellt werden muß, eine solche Annahme aber die Verzichtleistung auf die Einreden wegen etwaiger sichtbarer Mängel der Waare involvirt;

Daß dieser Auslegung jenes Urtheils um so mehr beigetreten werden muß, als dasselbe auch im Princip über den vollständigen Schadensersatz wegen verweigerter Annahme bereits erkannt und dadurch zu verstehen gegeben hat, daß es den Appellaten auch zur Zahlung des diesen Schadensersatz mit repräsentirenden Kaufpreises verurtheilt haben würde, wenn dessen Fälligkeitstermin schon eingetreten gewesen wäre;

Aus diesen Gründen

reformirt der Kgl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf, als Handelsgericht fungirend, vom 21. Juli 1848, verurtheilt an dessen Statt erkennend, den Appellaten bei Gefahr der Körperhaft zur Zahlung von 416 Thlr. 20 Sgr. nebst Zinsen zu 6% seit dem Tage der Klage, 30. Juni 1847, an die Appellantin, legt dem Appellaten die

Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 8. Januar 1849.

Advokaten: Seligmann — Forst.

Zeuge. — Reproche. — Certificat. — Altland. — Ständige Taxatoren. — Schadensabschätzung. — Beweis zum ewigen Gedächtnisse.

Eine schriftlich von ständigen Taxatoren im Altlande über durch Ueberschwemmung an Früchten und Grundstücken erlittenen Schaden abgegebene Abschätzung bildet an sich kein Certificat im Sinne des Art. 283 der B. P. O., welches eine Reproche begründen würde; aber auch in einem solchen Falle deshalb nicht, weil die Zeugen nach Tit. 33, Theil 1 der allgem. Ger.-Ord. schon vor der Klage von dem dortigen Gerichte zum ewigen Gedächtnisse hätten vernommen werden können.

Köln-Mindener-Eisenbahn-Gesellschaft — Johanning.

Der Ackerwirth Johanning zu Bennebeck, Kreis Minden, klagte am 1. März 1847 gegen die Köln-Mindener-Eisenbahn-Gesellschaft vor dem Landgerichte zu Köln auf Ersatz des Schadens, welcher seinem Grundeigenthume dadurch zugefügt worden, daß ein Grundstück von der Gesellschaft durchgebrochen und dasselbe von dem Wasser der Weser mit Zugrunderichtung der aufstehenden Frucht ausgespült und versandet worden sey. Durch Vorbescheid vom 15. Juni 1847 ließ das Landgericht den Kläger unter andern über die Ursachen und den Umfang der Beschädigung zum Zeugenbeweise zu. Von dem desfalls ersuchten Land- und Stadtgerichte zu Minden sind die Zeugen vernommen worden, unter ihnen die Landökonomen Volkening und Pape. Diese hat die Eisenbahn-Gesellschaft später aus dem Grunde reprochirt, weil sie schon früher schriftliche Gutachten in der Sache abgegeben hätten. Es hatte sich nämlich Johanning schon im Jahre 1846 von diesen beiden, als ständige Taxatoren vereideten, Personen den Betrag des seinen Grundstücken und den darauf gestandenen Früchten zugefügten Schadens vorläufig besichtigen und abschätzen lassen.

Durch Urtheil vom 16. Mai v. J. verwarf das Landgericht die Reproche, weil die Zulässigkeit des einzelnen Zeugen, ebenso wie die Zulässigkeit des Zeugenbeweises überhaupt in das materielle Recht einschlage, folglich nach demjenigen Rechte beurtheilt werden müsse, unter welchem die Rechtshandlung vorgenommen worden, und die von der Gesellschaft aufgestellten Thatsachen nach der in Minden geltenden allgem. preuß. Ger.-Ord. keinen Verwerfungsgrund bildeten.

Von dieser Entscheidung hat die Eisenbahn-Gesellschaft die Berufung ergriffen, und hierauf der A. G. H. folgendes bestätigende Urtheil erlassen:

J. E., daß die von Heinrich Volkening und Johann Friedrich Pape in der Eigenschaft als ein für allemal vereidete Taxatoren unterm 28. Februar und 13. Juli 1846 geschehenen Beurkundungen die Abschätzung des Werthes der auf dem appellatischen Grundstücke damals gestandenen und durch Ueberschwemmung desselben verdorbenen Früchte, sowie dieses Grundstückes selbst zum eigentlichen Gegenstande haben und in dieser Hinsicht ein von Sachverständigen abgegebenes Gutachten darstellen, welches als solches für eine Bescheinigung im Sinne des Art. 283 der B. P. O. nicht anzusehen ist;

Daß diese Operation selbstverständlich nicht ohne vorgängige Besichtigung, und Untersuchung der Beschaffenheit der Lokalität auszuführen war, daß aber die nebenbei geschehene Aufnahme des diesfälligen Befundes in das Gutachten selbst das Wesen desselben nicht verändert hat und sonach aus dessen Abgabe ein Grund zur Verwerfung der Aussteller als Zeugen um so weniger zu entnehmen ist, als es dem Appellaten unter den seiner damaligen Klage zum Grunde liegenden Umständen nach den Bestimmungen der altländischen Prozedurgesetze unbenommen gewesen sein würde, noch vor Anstellung dieser bereits vor der Kgl. Kabinetsordre vom 1. März 1847 erhobenen Klage, ein Verfahren wegen Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse im Gerichtsstande der gelegenen Sache auszubringen und sich bei der Führung dieses Beweises ungeachtet der von den gedachten Personen ausgestellten Beurkundungen des Zeugnisses derselben zu bedienen, da nach jenen Gesetzen die Ausstellung einer Bescheinigung über Thatsachen, welche den Prozeß betreffen, keinen Grund zur Verwerfung des Zeugen abgiebt;

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Berufung von dem Urtheile des

Kgl. Landgerichts zu Köln vom 16. Mai 1848, u. s. w.*)
II. Senat. Sitzung vom 12. Dezember 1848.
Advokaten: Compes — Forst.

*) Geht man einmal davon aus, wie das obige Urtheil, abweichend von dem erster Instanz, es gethan, daß das hiesige Proceßrecht die Frage allein zu entscheiden habe, ob die vorgeschützte Reproche anzunehmen sey oder nicht, dann möchte man wohl der Entscheidung Beifall nicht zollen können. Denn Johanning hat sich nicht allein die Abschätzung von den beiden Zeugen geben lassen, um sich deren Zeugniß zu vergewissern, da er eben zu diesem Zwecke sie an Ort und Stelle und in die Lage gebracht, dasselbe abgeben zu können, sondern er hat auch von der Abschätzung Gebrauch gemacht, welche ihm ganz freiwillig und nicht aus irgend einer gesetzlichen Nothwendigkeit, ertheilt worden. Wenigstens stellt das Urtheil nicht auf, daß sie als vereidete Taxatoren gesetzlich verpflichtet gewesen, auf die Requisition des Johanning, sich mit dieser Abschätzung zu befassen; und dafür möchte auch wohl eine altländische Verordnung nicht bestehen. Daß das Certificat in der Form einer an Ort und Stelle aufgenommenen Schadensabschätzung vorliegt, kann auch in der Sache nichts ändern, sobald in der aufgestellten Schrift solche Thatsachen als Wahrnehmungen der Aussteller bekundet werden, die eben das thema probandum ganz oder zum Theile ausmachen. Was nun die Bezugnahme auf den Beweis zum ewigen Gedächtnisse betrifft, um die Reproche zu verwerfen, so liegt hierin die Behauptung, daß auf diesem Wege dem Johanning in der altländischen Procedurgesetzgebung, nämlich in Tit. 33, Theil 1 der allgem. Ger.-Ord. ein Mittel geboten gewesen, die Reproche durch die Vernehmung der beiden Zeugen zum ewigen Gedächtnisse vor Anstellung der Klage, wozu das altländische Gericht der gelegenen Sache competent gewesen, zu decken. Ein Haupteinwand gegen dieses Argument tritt aber in dem Umstande entgegen, daß kein Gebrauch von der gedachten Befugniß gemacht worden und daher kein altländischer Proceduract dieser Art zustande gekommen, dessen Gültigkeit man hierseits anzuerkennen genöthigt gewesen wäre. Aber auch eine solche Nothwendigkeit überhaupt würde wohl mit Grund zu bestreiten seyn; denn muß einmal hier geklagt werden, so darf auch nur das hier zulässige Beweisverfahren statt finden, und dieses kennt den Beweis zum ewigen Gedächtnisse nicht. Zudem würde ja auch zufolge §. 7 l. c. das Gericht der gelegenen Sache die Zulässigkeit des Antrags auf Aufnahme eines Beweises zum ewigen Gedächtnisse zu prüfen gehabt haben, und weil hier darüber nicht mehr gestritten und entschieden werden konnte, ob der Antrag per decretum abzuweisen oder anzunehmen gewesen, so ist man nicht befugt, ein Argument zu gebrauchen, das dessen Annahme als entschieden unterstellt.

vid. Toullier tom. 9, Nro. 306, 307, Carré-Chauveau, quest. 1110—1114, Linde, Lehrb. des deutsch. gem. Prozesses, §. 41, Foelix, droit internat. p. 300—305. Urtheile des Rh. A. G. H. vom 15. Juli 1822, Arch. 7. 1. 198., vom 12. April und 28. Mai 1844, Arch. 37. 1. 81, 86.

Subhastation. — Hypothekenauszug. — Gläubiger. — Exceptio de jure tertii.

Ist dem Gläubiger eines Drittbesitzers oder eines Vorbesitzers des subhastirten Schuldners die gehörige Notifikation des Subhastations-Patentes nicht geschehen, so steht nur Jenem das Recht zu, diese Unterlassung zu rügen; der subhastirte Schuldner kann hieraus keinen Einspruchsgrund gegen das Subhastations-Verfahren herleiten.

Der Extrahent ist nur verpflichtet, einen auf den gegenwärtigen, nicht aber auch einen auf die Vorbesitzer der zur Subhastation gebrachten Immobilien lautenden Auszug aus den Hypotheken-Registern beizubringen.

I. Fall.

Steimer — Kevenich.

Kevenich betrieb gegen seinen Schuldner Steimer das Subhastationsverfahren und brachte mehrere demselben angehörige, sowie auch im Besitze Dritter befindliche Grundstücke zur Licitation, welche am 11. October 1847 stattfand.

In diesem Termine opponirte Steimer unter andern aus dem Grunde: weil keine Auszüge aus den Hypothekenregistern gegen die Drittbesitzer vorlägen, noch auch eine Bescheinigung, daß keine Einschreibungen gegen dieselben beständen, und daher auch deren Hypothekargläubigern das Subhastationspatent nicht zugestellt worden sey; S. O. §. 4 Nro. 4 und §. 16.

Von Seiten des Extrahenten wurde auf der Licitation bestanden, und nachdem der Einspruch des Subhastaten zur Verhandlung beim Kgl. Landgerichte in Saarbrücken gelangt war, in Bezug auf diesen Oppositionsgrund entgegnet: die S. O. §. 4 Nro. 4 fordere nur einen Auszug über die auf den Immobilien lastenden Hypotheken, sie verlange nicht von dem Extrahenten den Nachweis, daß keine Hypotheken vorhanden; zudem sey diese Bestimmung in §. 32 nicht mit der Nullitätsstrafe versehen; die Berufung auf §. 16 aber sey eine unzulässige exceptio de jure tertii.

Das Kgl. Landgericht zu Saarbrücken verwarf durch Urtheil vom 14. September 1847 den Einspruch des Steimer, welcher hiergegen die Berufung zum Rh. A. G. H. einlegte und zu deren Begründung unter andern ausführte,

daß er als Hauptschuldner alle Einreden gegen das ganze Verfahren vorzubringen berechtigt sey, daß er auch ein besonderes Interesse an der Zustellung des Patents an die Gläubiger habe, weil dadurch die Concurrenz gesteigert und dadurch das Grundstück erst zu seinem wahren Werthe gebracht werde.

Der A. G. H. verwarf jedoch die Berufung, indem er erwog, zu dem zweiten Oppositionsgrunde:

Daß, soviel die gegen den Appellanten selbst subhastirten Immobilien betrifft, der nach §. 4 Nro. 4 der S. O. erforderliche Auszug aus dem Hypothekenbuche beigebracht und ebenso seinen Hypothekargläubigern das Subhastationspatent gemäß der Vorschrift des §. 16 l. c. gehörig zugestellt worden ist, eine gleiche Zustellung auch den subhastirten Drittbesitzern gegenüber stattgefunden hat, die Einrede aber, daß nicht auch ein Auszug der gegen diese Letzteren angeblich bestehenden Inscriptionen beigebracht und ebenso wenig den Hypothekargläubigern derselben das Subhastationspatent zugestellt worden sey, da sie weder von den Drittbesitzern noch deren angeblichen Hypothekargläubigern erhoben worden, im Munde des dabei uninteressirten Appellanten als eine durchaus unzulässige sich darstellt.

II. Civil-Senat. Sitzung vom 14. Dezember 1848.
Advokaten: Wallraf — Lautz.

II. Fall.

Becher — Schmidt.

Schmidt betrieb gegen seinen Schuldner Becher ein Subhastations-Verfahren, gegen welches derselbe insbesondere aus folgendem Grunde Einspruch erhob:

Schon aus dem in Vollzug gesetzten Urtheile gehe hervor, daß auf den subhastirten Immobilien noch drei Hypotheken zum Belast des Extrahenten beruhten, es liege aber weder ein Auszug über diese Hypotheken, noch eine Zustellung des Subhastationspatentes an diese Hypothekar-Gläubiger des Extrahenten vor.

Das Kgl. Landgericht zu Saarbrücken verwarf den Einspruch durch Urtheil vom 4. September 1848, indem es hinsichtlich des angeführten Grundes erwog:

Daß die S. O. §. 4 Nro. 4 zwar die Vorlegung eines Hypothekenauszuges über die auf dem zu subhastirenden Grundstück lastenden Hypotheken und in §. 16 die Zustellung des Subhastationspatentes an die Hypothekargläubiger vorschreibt;

Daß jedoch nach den in der Rheinprovinz geltenden Ge-

setzen die Hypotheken, obgleich sie auf den Grundstücken ruhen, immer nur gegen die Person des Schuldners in die Register eingetragen werden können, und es daher dem extrahirenden Gläubiger unmöglich ist, zu ermitteln, welche Hypotheken auf dem Grundstücke ruhen, wenn er nicht die sämmtlichen frühern Besitzer kennt;

Daß ihm aber keine gesetzlichen Mittel gegeben sind, dieses zu erfahren, daher auch nicht angenommen werden kann, daß ihm das Gesetz etwas zur Pflicht gemacht habe, was ihm auszuführen unmöglich ist;

Daß demnach unter den Hypothekargläubigern, denen nach §. 16, dessen Nichtbeobachtung die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich zieht, die Zustellung des Subhastations-Patents gemacht werden soll, nur die Gläubiger des Schuldners und letzten Besitzers verstanden werden können;

Daß daher, wenn auch nicht bezweifelt werden kann, daß die Hypothekarrechte, die ein Gläubiger gegen einen frühern Besitzer auf das Grundstück erworben hatte, durch das Verfahren nicht geschmälert werden können, doch aus der Unterlassung der Zustellung an diesen von dem Schuldner kein Einwand gegen die Regelmäßigkeit des Verfahrens hergeleitet werden kann, dieser Einwand also als unstatthaft zu verwerfen ist.

Die hiergegen eingelegte Berufung verwarf der Rh. A. G. H. durch folgendes

Urtheil:

Zum ersten Oppositionsgrunde:

I. E., daß dem Appellanten jedenfalls nur dann ein Recht zur Erhebung des gegenwärtigen Einwandes zugeschrieben werden könnte, wenn er aus einem etwaigen spätern Auftreten derjenigen Hypothekargläubiger, über deren Inscription ein Auszug nicht vorgelegt, und an welche die Zustellung des Patentes nicht erfolgt ist, irgend einen Nachtheil zu besorgen haben würde, da ihm nur unter dieser Voraussetzung ein Interesse an der Beobachtung der desfallsigen gesetzlichen Vorschriften beizumessen wäre;

Daß ihn nach Lage der Sache jedoch ein Nachtheil gar nicht treffen kann, weil der Lizitationspreis, auf welchen jene Hypothekargläubiger das nächste Anrecht haben, zu ihrer Befriedigung vollkommen ausreicht, bei ihnen deshalb mit dem Interesse auch das Recht zu einer spätern Klage wegfallen würde;

Daß daher auch der vorliegende Oppositionsgrund, wenn man auch von den Gründen des ersten Richters und davon absehen

will, daß sich die erhobene Einrede auch als eine exceptio de jure tertii darstellen würde, mit Recht verworfen worden ist;

Auf den zweiten Oppositionsgrund (gehört nicht hieher.)

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des K. Landgerichts zu Saarbrücken v. 4. Sept. v. J. eingelegte Berufung, unter Verurtheilung des Appellanten zu Strafe und Kosten.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 8. Januar 1849.

Advokaten: Wallraf — Lautz.

Die von dem Kgl. Landgerichte in Saarbrücken vorstehend erörterte Frage war auch in der französischen Jurisprudenz controvers; im Sinne des vorstehenden Urtheils s. Rej. 13. nov. 1827. (Sirey 28. 1. 196.) dagegen Paris 5. juill. 1832. (Sirey 32. 2. 446.) Dem Schuldner gestehen das Recht zur Geltendmachung der fraglichen Einrede zu: Limoges 4. janv. 1828. (Sirey 28. 2. 332.) Toulouse 6. juill. 1833. (Sirey 34. 2. 598.); dagegen: Paris 10. mai 1810, Caen 6. mars 1826 u. 18. febr. 1827 (Sirey 15. 2. 146., 28. 1. 197., und 30. 2. 222.)

Servitut. — Art und Umfang der Ausübung. — Verjährung.

Auch bei solchen Servituten, welche unter der Herrschaft des B. G. B. durch Verjährung nicht mehr erworben werden können, findet, wenn ihre Existenz unbestritten ist, in Beziehung auf die Feststellung der Art und des Umfanges ihrer Ausübung auch heute noch eine Verjährung statt. Dieß gilt insbesondere, wenn der anerkannte Servitutberechtigte die Ausschließlichkeit einer bestimmten Benutzungsart des dienenden Grundstückes für sich in Anspruch nimmt. — In einem solchen Falle gehört das von dem Eigenthümer der dienenden Sache beanspruchte Mitbenutzungsrecht zu dem ihm von Rechtswegen zustehenden Gegenbeweise.

Gemeinde Monzel — Thielen u. Cons.

Auf dem Banne der Gemeinde Monzel liegt der etwa 150 Morgen haltende, sogenannte Bruderwald, welcher unbestrittenermaßen Eigenthum mehrerer Privatpersonen (unter dem Namen Brüder) ist, und an welchem ebenso unbestritten die Gemeinde Monzel, resp. deren sämmtliche Gemeindemitglieder, das Recht des Streulaubsammelns haben. Die Gemeinde behaup-

tete aber sogar, dieses Recht ausschließlich, selbst auch den Eigenthümern gegenüber, zu besitzen und verlangte daher von zweien Miteigenthümern des Waldes, Thielen und Zisch, eine Entschädigung für je einen Wagen Streulaub, welche diese Beiden aus jenem Walde weggefahren. Auf die Einrede der beiden Verklagten, daß sie als Miteigenthümer zu der Wegnahme des Streulaubes befugt gewesen, verwies der betreffende Friedensrichter die Parteien zum Instanzgerichte, um dort diese Präjudizialeinrede entscheiden zu lassen. Hier suchte die klagende Gemeinde die Ausschließlichkeit des behaupteten Rechts zuvörderst durch Urkunden darzuthun und erbot sich dann subsidiarisch zu dem Beweise stattgefundener Acquisitivverjährung. Das Landgericht zu Trier führte indeß in seinem Urtheile vom 14. Dezember 1846 aus, daß die produzirten Urkunden nicht geeignet seyen, den erforderlichen Beweis zu erbringen, und eine Erwerbung der behaupteten Ausschließlichkeit durch Verjährung unstatthaft sey, und wies daher die Klage der Gemeinde als unbegründet ab.

In der hierauf von der Gemeinde Monzel betretenen Berufungsinstanz behauptete dieselbe:

1) die Ausschließlichkeit des qu. Rechts ergebe sich aus den von ihr produzirten Urkunden,
2) die Verklagten und Appellaten hätten diese Ausschließlichkeit anerkannt, wenigstens insofern zugestanden, als sie, die Gemeinde, gegen den ausschließlichen Genuß den Bruderwald in Bau und Hut zu halten habe,
3) sey eine Erwerbung dieser Sevitut, im Sinne des deutschen Rechts, durch Acquisitivverjährung allerdings zulässig.

In letzterer Beziehung erbot sie sich dann auch zum Beweise einer 10jährigen Verjährung auf Grund eines Titels vom 20. August 1807, und event. einer 30jährigen Verjährung vom Tage der stattgefundenen Störung an rückwärts gerechnet.

Hier mögen die weitern Verhandlungen der zweiten Instanz nur insofern mitgetheilt werden, als sie sich auf die letztere, die 30jährige Verjährung beziehen, da der A. G. H. in seinem sogleich zu erwähnenden Urtheile die übrigen Behauptungen der klagenden Gemeinde aus faktischen, hier nicht weiter zu erörternden Gründen beseitigte. — In jener Beziehung suchten die Appellaten auszuführen, daß das von der Gemeinde in Anspruch genommene Recht eine Servitus discontinua darstelle, mithin nach Art. 691 B. G. B. durch Verjährung nicht erworben werden könne; daß aber auch nach dem ältern Rechte,

nämlich dem trierischen Landrechte Tit. 22 §. 14 hiezu ein unvordenklicher Besitzstand erforderlich gewesen, mithin die Existenz eines solchen vor dem Jahre 1804 hätte artikulirt werden müssen, was nicht geschehen sey. Event. behaupteten die Appellaten und erboten sich zu beweisen, daß die Ausschließlichkeit des qu. Rechts auf Seiten der Gemeinde durch 30jährigen non-usus verloren gegangen und von ihrer, der Appellaten, Seite die Freiheit des Eigenthums insofern wieder erworben worden sey, als sie selbst während der letzten 30 Jahre Streulaub nach Bedürfniß aus dem Walde entnommen.

Der A. G. H. erkannte hierüber in Uebereinstimmung mit der von dem öffentl. Ministerium geäußerten Ansicht, wie folgt:

J. E., daß servitutes discontinuae, wie die in Frage gekommene, nach dem ältern hier einschlagenden churtrierischen Rechte (Tit. 22 §. 14) nur durch unvordenklichen Besitz, und nach Art. 691 B. G. B. gar nicht mehr durch Verjährung erworben werden können;

Daß es sich untergebens indessen nicht von der Erwerbung der Servitut, sondern nur von der Feststellung der Art und des Umfanges der Ausübung derselben handelt;

Daß keine Gesetzesstelle einem desfallsigen Beweise hergebrachten Gebrauches entgegensteht;

Daß dieser Gebrauch nur auf Thatsachen beruhen kann, bei denen eine Verbriefung unzuläſſig ist;

Daß daher dieser Beweis durch Zeugen erbracht werden darf;

J. E., daß u. s. w. (hier wird der Beweis der zehnjährigen Verjährung wegen Mangels eines gehörigen Titels als ungenügend verworfen);

Daß dagegen der ferner angebotene Beweis 30jähriger Verjährung vor dem Tage der angeblichen Störung erheblich und zulässig ist und die hiergegen von den Appellaten zum Beweise aufgestellte Thatsache zum Gegenbeweise gehört, welcher nach Art. 256 der B. P. O. denselben von Rechtswegen ohne Weiteres zusteht;

Aus diesen Gründen

läßt der Kgl. Rh. A. G. H. die Appellantin zu dem Beweise durch Zeugen darüber zu, daß sie seit mehr als 30 Jahren vor der angeblichen Störung im Jahre 1844 das Streulaub aus dem sogenannten Bruderwalde allein und mit Ausschluß der Waldeigenthümer bezogen habe, u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 3. Januar 1848.

Advokaten: Compes — Wallraf.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Dreiundvierzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1848.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

durch

einen Verein von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums
und des Advokatenstandes beim Rheinischen
Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.
Sechsunddreißigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1848.

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Königl. Revisions- und Cassationshofes.

Frachtführer. — Verschulden desselben. — Steuermann. — Wahl desselben. — Anwendbarkeit der Gesetze, wo der Vertrag zu Stande gekommen, die Contrahenten wohnen, der Unfall geschehen.

Der Frachtführer kann durch Vertrag die Verantwortlichkeit für einen durch sein Verschulden entstehenden Schaden nicht ausschließen, wohl aber den gesetzlichen Bestimmungen über die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens resp. der höhern Gewalt derogiren.

Der Steuermann kann als dritte, zwischen dem Schiffsführer und dem Befrachter stehende Person selbst dann nicht angesehen werden, wenn derselbe für eine bestimmte Stromstrecke aus einer gewissen Anzahl patentisirter oder concessionirter Steuerleute genommen werden muß; der Schiffsführer bleibt daher auch in diesem Falle dem Befrachter für das Verschulden des in seinen Diensten stehenden Steuermannes unmittelbar verhaftet.

Die Rechte und Verbindlichkeiten zwischen Schiffsführer und Befrachter in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Erstern sind nur nach dem Inhalte des von ihnen geschlossenen Vertrages und nach den Gesetzen des Ortes, wo derselbe zu Stande gekommen, und die Contrahenten ihren Wohnsitz hatten, nicht aber nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, wo der Unfall sich ereignet hatte.

Rheinische Dampfschifffahrts-Gesellschaft — Sadé.

Der Kaufmann Leonard Sadé zu Köln übergab am 16. Oktober 1843 der Rheinischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft 6 Collis, enthaltend Messing- und Eisenwaaren zur Beförderung an die Adresse von Mayer und Knippenberg in Mannheim.

Die Verladung der Waaren hatte auf dem Dampfschiffe Leopold Statt. Am 23. des nämlichen Monats, Abends gegen 7 Uhr begegnete dasselbe jedoch auf dem großherzoglich hessischen Stromgebiet in der Gegend von Ibersheim dem zu Thal fahrenden Dampfschiffe, die Königin genannt, ebenfalls der Rheinischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft zugehörig, und stieß mit diesem dergestalt zusammen, daß es in Folge eines erhaltenen Risses gänzlich sank, und angeblich erst nach Verlauf von mehreren Wochen wieder flott gemacht werden konnte.

Wie der Kaufmann Sadé behauptete, waren durch das eingedrungene Wasser die vorerwähnten Waaren beschädigt worden und verdorben. Derselbe leitete daher auf Grund des mit der besagten Gesellschaft geschlossenen Vertrages bei dem Handelsgerichte zu Köln gegen dieselbe eine Klage auf Ersatz des erlittenen Schadens resp. auf Zahlung des Werthes der Waaren ein.

Der Klage ward von der Gesellschaft vor Allem der Inhalt des Connossements entgegengesetzt, worin ausdrücklich gesagt war, daß jeder Wasser- und Feuerschaden als von unwiderstehlicher Gewalt herrührend, angesehen werde, wofür die Verwaltung eben sowenig verantwortlich sey, als für Leckage und Bruch.

Abgesehen von dieser contractuellen Bestimmung, sagte aber die Verklagte ferner, sey das Unglück zu einer Zeit geschehen, wo den bestehenden Gesetzen und Verordnungen zufolge die Führung der beiden sich begegnenden Schiffe Steuermännern aus der Zahl der von der großherzoglich hessischen Regierung dazu designirten und ausschließlich berechtigten Personen anvertraut gewesen sey. Der Umstand daß gerade beide Schiffe Eigenthum der rheinischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft gewesen, sey daher unerheblich.

Nach Art. 14 der großherzoglich hessischen Steuermanns-Ordnung vom 23. Juni 1836 sey bei Ereignissen, wie das jetzt in Frage stehende, allein der Steuermann verantworlich. Nur diese Ordnung und das gemeine Recht und nicht die Gesetze der preußischen Rheinprovinz könnten auch im vorliegenden Falle zur Anwendung kommen, da der Unfall auf der rechten Seite des Thalweges, im Großherzogthum Hessen, Statt gefunden habe.

Das Handelsgericht erklärte jedoch durch Erkenntniß vom 13. Dezember 1843 die verklagte Gesellschaft für verpflichtet, dem Kläger vollständigen Ersatz des an den erwähnten Collis entstandenen Schadens zu leisten, und verordnete sodann, daß zur Ermittelung desselben ein ferneres Verfahren Statt finden solle.

Auf eingelegte Berufung ward dieses Erkenntniß durch Urtheil des Rh. A. G. H. vom 24. Februar v. J. bestätigt, und zwar unter gleichzeitiger Verwerfung der Subsidiaranträge der Appellantin, welche dahin gerichtet waren, dem Appellaten die Artikulirung derjenigen Thatsachen, woraus er ein Verschulden der Appellantin herleiten zu können vermeint, aufzugeben, Letztere aber zum Beweise der Umstände, unter welchen das Sinken des Schiffes Statt gefunden, zuzulassen.

Die Motive des letztern Urtheils lauten wie folgt:

I. E., daß die in dem Connossemente vom 17. Oktober v. J. enthaltene Clausel, daß jeder Wasser- und Feuerschaden als von unwidersteh-

licher Gewalt herrührend angesehen werde, wofür die Verwaltung eben sowenig verantwortlich sey, als für Leckage und Bruch, als auch jeden andern Schaden, welcher aus einer Mangelhaftigkeit der Collis selbst entstehe, wenn ihr der Sinn beigelegt wird, daß die gesetzliche Verantwortlichkeit der Appellantin für den Verlust oder die Beschädigung der zu transportirenden Gegenstände in den bezeichneten Fällen gänzlich aufgehoben seyn solle, ohne rechtliche Wirkung ist, indem es nach dem Art. 6 des B. G. B. dem Verpflichteten nicht gestattet ist, seine Verantwortlichkeit wegen des durch sein Verschulden entstandenen Schadens durch einen Vertrag auszuschließen und die spezielle Bestimmung des Art. 98 des H. G. B. eine analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall um so weniger zuläßt, als das Verhältniß des Commissionärs, welcher die Besorgung des Transportes durch Andere übernimmt, zu dem Versender, und das Verhältniß eines Frachtführers, welcher sich gegen den Befrachter zu dem Transporte selbst verpflichtet, auf einem ganz verschiedenen Grunde beruhen, und auch die Verantwortlichkeit des Commissionärs für sein eignes Verschulden durch eine solche in den Frachtbrief aufgenommene Bedingung nicht aufgehoben seyn würde;

Daß jener Clausel in dem Connossement daher mit dem Appellaten auch nur der Sinn beizulegen ist, daß den allgemeinen Grundsätzen über die Beweislast, nach welchen dem Frachtführer der Beweis, daß der Verlust oder die Beschädigung der Waare durch höhere Gewalt entstanden sey, obliegen würde, habe derogirt werden sollen; — daß die Appellantin durch den mit dem Appellaten über den Transport der Waaren abgeschlossenen Vertrag die Verpflichtung übernommen hat, dieselben an ihrem Bestimmungsorte unversehrt zu überliefern, mithin auch für deren Verlust und Beschädigung zu haften verbunden ist, wenn der Verlust oder die Beschädigung durch die Schuld der von ihr zu dem Transport gebrauchten Personen veranlaßt worden ist, die keineswegs juristisch als dritte, zwischen der Gesellschaft und dem Befrachter stehende Personen zu betrachten sind; — daß der Umstand, daß das Schiff, auf welches die Waaren verladen waren, durch das Zusammenstoßen mit einem gleichfalls der Appellantin zugehörigen Schiffe gesunken sey, allein zwar nicht genügt, um ein Verschulden der Appellantin für bewiesen anzunehmen, der Appellat jedoch den Beweis dieses Verschuldens durch die unbestrittenen Umstände, unter welchen jenes Zusammenstoßen Statt gefunden, schon jetzt geführt zu haben behauptet; — daß die Parteien darüber einverstanden sind, daß am 20. October v. J. die Rheinhöhe an dem Pegel zu Worms 16 Fuß 3 Zoll betragen habe, und der Strom bei dieser Wasserhöhe bei Ibersheim und namentlich in der Gegend, wo an jenem Tage das Schiff Leopold gesunken ist, in seiner ganzen Breite fahrbar gewesen; — daß auf beiden Schiffen die Signallaternen aufgezogen und die Führer wechselseitig die Schiffe in einer Entfernung von etwa 1000 Schritten zu sehen im Stande waren; — daß die Luft heiter und das Wasser ruhig gewesen, auch der Schifffahrt kein Hemmniß hindernd entgegengestanden habe, und sich nur ein leichter Nebel auf dem Wasser gelagert gehabt, der jedoch bald wieder verschwunden sey; — daß nach Art. 1 der großherzoglich hessischen Verordnung vom 9. Mai 1840, wenn sich zwei Dampfschiffe auf dem Rheine begegnen, das stromaufwärts fahrende überall, wo es das Fahrwasser zuläßt, das linke Rheinufer, das stromabwärts fahrende aber, soviel als thunlich, das rechte Rheinufer halten soll; — daß der stromabwärts fahrende Leopold dieser Vorschrift ungeachtet das rechte

Ufer hielt, und als das Zusammenstoßen Statt fand, nur etwa eine Schiffslänge von demselben entfernt war; — daß diese von der Appellantin als richtig anerkannten Umstände genügen, um ein Verschulden der Führer der Schiffe oder eines derselben als erwiesen anzunehmen, und eine nähere Untersuchung darüber, ob, wie die Appellantin behauptet, der Leopold von der Mitte des Stromes, wo er sich ungefähr befunden habe, als die Königin dicht an dem rechten Ufer zu Thal gekommen, ebenfalls diesem Ufer zugeführt worden sey, und auf diese Weise von der Königin an der Steuerbordseite des Vordertheils habe verletzt werden müssen, oder ob die Königin, nach der Behauptung des Appellaten, von dem linken Ufer des Stroms in schräger Richtung auf den das rechte Ufer haltenden Leopold zugefahren sey, und dadurch das Sinken des Schiffes verursacht habe, zur Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites nicht erforderlich ist, da in beiden Fällen das Verschulden, sey es des Führers des Leopold oder des Führers der Königin, einem Bedenken nicht unterliegen kann; daß die Appellantin jedoch ihre Verantwortlichkeit auch aus dem Grunde bestreitet, weil die unmittelbare Führung beider Schiffe nach der großherzoglich hessischen Steuermannsordnung vom 11. Juni 1836 patentisirten Steuerleuten anvertraut gewesen sey und diese Steuerleute nicht allein alle auf die Stellung, die Richtung und den Gang der Schiffe Bezug habende Anordnungen allein zu treffen gehabt hätten, sondern auch nach §. 14 der Steuermannsordnung für alle unglücklichen Ereignisse, die einem Schiffe während der Fahrt begegnen, und nicht durch offenbar unabwendbare Zufälle herbeigeführt werden, sondern Folge einer ungeschickten Steuerung, einer Unachtsamkeit, oder einer verabsäumten zweckmäßigen Maßregel sind, allein verantwortlich seyen;

Daß indessen die polizeilichen Maßregeln, welche zur Sicherheit der Waarentransporte, sowie der Personen und der Schifffahrt überhaupt, in Beziehung auf die Qualifikation der Steuerleute und die Verbindlichkeit des Führers eines Schiffes, sich eines patentisirten oder concessionirten Steuermannes oder Lootsen zu bedienen, angeordnet worden sind, weder den Zweck haben, den Führer des Schiffes seiner ihm, als solchen, obliegenden Verpflichtungen zu entbinden, noch ihn in der Auswahl unter den von der betreffenden Regierung concessionirten Steuerleuten zu beschränken, Art. 42, 56 und flg. der Uebereinkunft unter den Uferstaaten des Rheins vom 31. März 1831;

Daß übrigens die in dem §. 14 der erwähnten Steuermannsordnung ausgesprochene Verantwortlichkeit des Steuermannes eine Abänderung civilrechtlicher Grundsätze über die Verpflichtung zum Schadensersatz dem Befrachter gegenüber schon des Ortes wegen, wo derselben Erwähnung geschieht, nicht bezweckt haben, und Vertrags-Verhältnisse, welche unter den hiesigen Gesetzen eingegangen sind, gar nicht berühren kann, die Appellantin auch die Verpflichtungen eines Frachtführers unbedingt, ohne Rücksicht auf die ihr bekannte großherzoglich hessische Verordnung in Betreff der Zuziehung eines Steuermanns bis zu dem Bestimmungsort der Waare übernommen hat. —

Gegen dies Urtheil legte die rheinische Dampfschifffahrts-Gesellschaft rechtzeitig den Cassationsrekurs ein, und zwar wegen Verletzung resp. falscher Anwendung folgender Gesetze und Verordnungen:

Art. 6, 1134, 1382, 1383, 1384, 1782—1785, 1593 des B. G. B.
Art. 96, 98 und 103 des H. G. B.

Großherzoglich hessische Steuermannsordnung vom 23. Juni 1836 in Verbindung mit der Uebereinkunft unter den Uferstaaten des Rheins und der auf die Schifffahrt des Flusses sich beziehenden Ordnung vom 31. März 1831.

Großherzoglich hessische Verordnung vom 9. Mai 1810, und wegen Machtüberschreitung.

Wenn man auch mit dem A. G. H. annehmen wolle, wurde für die Cassationsklägerin angeführt, daß Niemand durch einen Vertrag die Verantwortlichkeit für die eigene culpa, — insbesondere sofern von einer *lata* die Rede sey, — ausschließen könne, so lasse sich hieraus im vorliegenden Falle keine Folgerung gegen die Gültigkeit der Clausel des Connossements ziehen, wonach die Gesellschaft für Wasserschaden nicht einzustehen habe. Es handle sich ja gegenwärtig nicht von einer eigenen Schuld der rheinischen Dampfschifffahrts-Gesellschaft, sondern einzig von der Schuld dritter Personen, deren sich die Gesellschaft nothwendig habe bedienen müssen, und zwar ohne sie controliren und sich ihren Anordnungen widersetzen zu können. Eine Stipulation, wodurch man sich von der Verantwortlichkeit für die Schuld dritter Personen zu befreien beabsichtige, könne aber unmöglich gegen die öffentliche Ordnung anstoßen; es könne nicht für unerlaubt gehalten werden, dasjenige durch einen Vertrag festzustellen, was das hessische Gesetz ausdrücklich bestimmt habe, daß nämlich der Lootse allen Schaden, der aus der Führung des Schiffes entstehe, allein zu verantworten habe. Die Unterstellung, daß solches der öffentlichen Ordnung zuwider sey, würde sogar der Rheinschifffahrts-Convention entgegen seyn. Eine propria culpa der Gesellschaft habe nun aber der A. G. H. selbst nicht angenommen. Es sey auch offenbar, daß die Gesellschaft dadurch nicht gefehlt haben könne, daß sie sich der hessischen Lootsen bedient habe, sie würde sich vielmehr in culpa befunden haben, wenn dies nicht geschehen wäre. Der A. G. H. habe daher den Art. 6 des B. G. B. falsch angewendet, und die Art. 1131 und 1136 verletzt. Hiergegen lasse sich nicht einwenden, daß die Erklärung des A. G. H., daß der Vertrag der öffentlichen Ordnung zuwider sey, factischer Natur sey. Factisch sey die Entscheidung des A. G. H., daß von Seiten der Lootsen eine culpa vorhanden sey. Die Frage aber, ob die Gesellschaft sich durch Vertrag von der Verantwortlichkeit für dies Verschulden des Dritten nicht habe lossagen können, sey rechtlicher und nicht factischer Natur. Auch sey von hiesiger Stelle bereits früher unter dem 25. Mai 1840 und 23. Oktober 1843 erkannt worden, daß die Frage, ob ein Vertrag den guten Sitten oder der öffentlichen Ordnung entgegen sey, allerdings seiner Prüfung unterworfen sey. — Der A. G. H. habe nun ferner auch den Art. 98 des H. G. B. aus dem Grunde in casu für nicht anwendbar gehalten, weil der Commissionär, wovon jener Artikel handle, die Besorgung des Transports durch Andere übernehme, die Gesellschaft aber, sowie überhaupt jeder Frachtführer hierzu sich selbst verpflichte. Sollte aber auch diese Ansicht des A. G. H. die richtige seyn, und die Gesellschaft im Sinne des angeführten Artikels als Commissionärin nicht betrachtet werden können, so sey doch außer allem Zweifel, daß eine anonyme Gesellschaft selbst nicht transportiren könne, und daß sie namentlich an dem Orte des fraglichen Unglücks gesetzlich angewiesen gewesen sey, sich einer dritten designirten Person zu bedienen. Sowie es aber nach Art. 96 und 98 des H. G. B. dem Commissionär, der sich fremder Hülfe zum Transporte bediene, gestattet sey, sich von

der Verantwortlichkeit für die Schuld der Dritten loszusagen, so habe nach Analogie jener Artikel dies auch der Cassationsklägerin nicht verwehrt seyn können. Die Ansprüche des Gegners seyen jedoch, auch abgesehen von dem zwischen den Parteien bestandenen Vertragsverhältnisse, für ungegründet zu halten. Es sey hier in Betracht zu ziehen, daß die hessische Steuermannsordnung vom 23. Juni 1836, welche gemäß ihrem Eingange zur Ausführung der Rheinschifffahrts=Convention vom 31. März 1831 erlassen sey, die Dampfschiffe verpflichte, auf der hessischen Strecke sich nur durch patentisirte Lootsen und Steuerleute führen zu lassen; daß diesen Letztern gesetzlich die Direction des Schiffs für die besagte Strecke, und zwar mit Ausschluß der Angestellten der Gesellschaft, insbesondere der Capitäne und gewöhnlichen Steuerleute, ganz und gar überlassen sey. Nicht die Gesellschaft, auch nicht deren Diener seyen also diejenigen gewesen, welche den fraglichen Schaden verschuldet, sondern einzig die fremden aufgedrungenen Führer, auf deren Leitung weder die Gesellschaft, noch deren Leute einwirken können. Der Art. 14 der bezogenen Ordnung, wonach nur die Lootsen die Verantwortlichkeit wegen ihrer culpa treffen könne, müsse in dem vorliegenden Falle um so mehr Anwendung finden, als die Bestimmung jenes Artikels sogar ein Theil des besondern zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages gewesen. Es ergebe sich endlich auch hieraus, wie unrichtig die Ansicht des A. G. H. sey, daß die gedachte Verordnung blos polizeiliche Sicherheitsmaßregeln für den Transport enthalte.

Der Anwalt des Cassationsverklagten erwiderte:

Die Dampfschifffahrts-Gesellschaft habe durch Vertrag die Verpflichtung übernommen, die ihr zum Transport übergebenen Waaren unversehrt an ihrem Bestimmungsorte abzuliefern. Dies habe der A. G. H. nicht nur faktisch festgestellt, sondern dies folge auch aus dem Begriffe des Befrachtungscontrakts von selbst. Das Gesetz (Art. 103 des H. G. B., und Art. 1782, 1784, 1952 und 1953 des B. G. B.) mache nun aber den Frachtführer für jeden Verlust und für jede Beschädigung der transportirten Waaren verantwortlich, es sey denn, daß der Verlust oder die Beschädigung durch höhere Gewalt herbeigeführt worden. Selbst für den Diebstahl, also für den dolus dritter Personen, habe der Frachtführer nach Art. 1782 und 1953 einzustehen, und einzig der Eintritt einer unabwendbaren höhern Gewalt könne ihn befreien. Daß aber der jetzt in Frage stehende Schaden nicht in Folge einer höheren Gewalt entstanden sey, stehe factisch fest. Es habe daher nur die Frage seyn können, ob die gesetzlichen Folgen des Befrachtungscontraktes durch Vertrag ausgeschlossen werden können, und ob dieselben in casu wirklich ausgeschlossen worden seyen.

Daß Letzteres nicht der Fall gewesen, habe der A. G. H. mittels Interpretation des Connossements thatsächlich festgestellt; derselbe habe aber zugleich ganz richtig bemerkt, daß eine solche Ausschließung gesetzlich nicht zulässig seyn würde. Niemand könne auch verkennen, daß durch eine Stipulation der Art die Erfüllung des Contracts ganz in die Willkühr des Frachtführers gestellt, und der zweiseitige Contract gewissermaßen in einen einseitigen verwandelt werden würde. Die Stipulation verstoße daher offenbar gegen Art. 6 des B. G. B. Von Seiten der Gegnerin selbst werde dies eingeräumt, in sofern von ihrem eigenen Verschulden die Rede seyn möchte, nicht aber in Beziehung auf die Schuld dritter Personen. Indessen könne juristisch das Verschulden derjenigen Personen, denen die Cassationsklägerin den Transport anvertraut, nur als ihr eigenes

betrachtet werden. Es seyen dies keine dritte Personen im Sinne des Gesetzes. Sie seyen nur die Hände, deren sich der Körper der Gesellschaft bedient habe und bedienen müsse. Der Cassationsverklagte habe nur mit der Gesellschaft contrahirt, und sey es demselben gleichgültig, wie diese den Transport ausführe. Ganz unrichtig werde übrigens von der Gegnerin behauptet, daß der A. G. H. nur ein Verschulden des Lootsen factisch angenommen habe; der A. G. H. habe vielmehr gesagt, es sey ein Verschulden der Führer der Schiffe, oder Eines derselben als erwiesen anzunehmen, und unter diesem Führer verstehe er den Capitain, wie sich gerade aus seiner vorletzten Erwägung ergebe, wo er ausdrücklich den Steuermann oder Lootsen von dem Führer des Schiffes unterscheide. Es verdiene hiernach kaum bemerkt zu werden, daß dasjenige, was von der Verschuldung der eigenen Leute der Gesellschaft gelte, auch auf die Lootsen Anwendung finde, denn so lange der Lootse auf dem Schiffe sey, befinde er sich im Dienste der Gesellschaft, und es sey völlig gleichgültig, ob er auf längere oder kürzere Zeit in Dienst genommen werde. — Mit Recht habe der A. G. H. den Art. 98 des H. G. B. für unanwendbar gehalten. Derselbe handle von den Verpflichtungen des Commissionärs, währenddem in casu von den Verpflichtungen des Frachtführers die Rede sey. Es sey einleuchtend, daß dasjenige, was von dem bloßen Vermittler gelte, nicht auf den Ausführenden selbst angewendet werden könne. Ersterer könne sich allerdings vertragsmäßig von der Verhaftung für die Beschädigung und den Verlust der Waaren frei machen. Dies könne aber der unmittelbare Frachtführer nicht, wie aus der Natur der Sache hervorgehe und Art. 103 des H. G. B. beweise. Was endlich die von der Cassationsklägerin angerufene hessische Verordnung vom 23. Juni 1836 angehe, so könne Art. 14 derselben schon aus dem Grunde keine Anwendung finden, weil das Verschulden der unmittelbaren Schiffsführer oder Capitaine thatsächlich feststehe. Wenn jedoch auch das alleinige Verschulden der Lootsen als faktisch feststehend angenommen werden müßte, würde dennoch die gedachte Verordnung unanwendbar seyn, und zwar aus zwiefachem Grunde, einmal, weil sie überhaupt keine Gesetzeskraft an dem Orte habe, an welchem der Vertrag geschlossen worden, sodann, weil sie nur polizeiliche, nicht aber privatrechtliche Verhältnisse ordne.

Urtheil:

J. E., daß die Cassationsklägerin nicht als Commissionärin, sondern in Folge der übernommenen Verpflichtung, Waaren auf eigenem Schiffe zu transportiren, als wirkliche Frachtführerin zu betrachten war, und folglich, gemäß Art. 103 des H. G. B., für allen Schaden haftete, in sofern derselbe nicht durch einen Fehler der Waare selbst oder auch durch höhere Gewalt entstanden seyn mochte;

Daß die Verantwortlichkeit des Frachtführers in Ansehung des durch eigenes Verschulden herbeigeführten Schadens, als im Wesen des Vertrages gegründet, zugleich aber zur öffentlichen Ordnung gehörend, mittels besonderer Stipulation der Contrahenten nicht aufgehoben werden kann;

Daß, wenn daher der Rh. A. G. H. der Clausel des Connossements vom 17. Oktober 1843, daß jeder Wasser- und Feuerschaden, als von unwiderstehlicher Gewalt herrührend angesehen werden solle, den Sinn beigelegt hat, daß hierdurch bloß dem allgemeinen Grundsatze, wonach dem Frachtführer der Beweis der höhern Gewalt aufliegt, derogirt worden sey, diese Auslegung des Vertrages weder eine Verletzung des Art. 1134, noch eine falsche Anwendung des Art. 6 des B. G. B. enthält;

Daß nun, wie faktisch feststeht, die Beschädigung der in Frage stehenden Waaren, oder das Untersinken des Dampfschiffes, worauf dieselben verladen waren, durch ein Zusammenstoßen des Schiffes mit einem andern, ebenfalls der Cassationsklägerin zugehörigen Dampfschiffe auf dem Rheine und zwar bei einer Höhe desselben, welche die Befahrung des Stromes in seiner ganzen Breite gestattete, sowie bei heiterer Luft und ruhigem Wasser erfolgt ist; daß dies Ereigniß daher, wie auch von den Parteien nicht verkannt worden ist, nur dem Verschulden Eines der Führer der beiden Schiffe beigemessen werden kann;

Daß nach Vorschrift der großherzoglich hessischen Steuermannsordnung vom 11. Juni 1836 die Cassationsklägerin allerdings verpflichtet war, zur Führung beider Schiffe auf den Flußstrecken, wovon gegenwärtig die Frage, sich der von der großherzoglich hessischen Regierung patentisirten Steuerleute zu bedienen, daß jedoch die Wahl unter diesen Letztern nach ausdrücklicher Bestimmung des §. 1 der besagten Verordnung der Cassationsklägerin frei belassen war;

Daß, wenn daher der A. G. H., unter Berücksichtigung der jetzt angeführten thatsächlichen Verhältnisse, das Vorhandenseyn einer höhern Gewalt, so wie solche im Art. 103 des H. G. B. vorausgesetzt wird, nicht angenommen hat, hierdurch eben so wenig der bezogene Artikel, als irgend eine andere gesetzliche Bestimmung verletzt worden ist;

Daß übrigens im vorliegenden Falle die Rechte und Verbindlichkeiten der Parteien nur nach dem Inhalte des von ihnen geschlossenen Vertrages und den Gesetzen des Ortes, wo solcher zu Stande gekommen, und die Contrahenten zugleich ihren Wohnsitz hatten, nicht aber nach den Gesetzen des Landes, wo der fragliche Unfall sich ereignet hatte, zu beurtheilen waren.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Rh. A. G. H. vom 24. Februar 1844 eingelegten Cassationsrekurs, unter Verurtheilung der Cassationsklägerin in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 10. März 1845.

Ref. H. G. O. R. R. Brewer — Concl. H. G. P. Eichhorn. Advokaten: Sandt — Reusche.

Rente (Hol-Rente, rente quérable.) — Zweijähriger Rückstand. — Verzug. — Rückforderung des Kapitals.

Bei einer Rente, welche der Rentgläubiger in der Wohnung des Schuldners in Empfang zu nehmen hat, begründet die bloße Thatsache eines zweijährigen Rückstandes für den Rentgläubiger noch nicht das Recht auf Rückforderung des Kapitals.

In Ermangelung einer entgegenstehenden vertragsmäßigen Bestimmung ist anzunehmen, daß die Zahlung in der

Wohnung des Schuldners zu leisten sey. Meldet sich der Gläubiger dort nicht zur Empfangnahme, so trifft den Schuldner keine Versäumniß und er ist nicht verpflichtet, dem Gläubiger ein Zahlungsanerbieten zu machen.

Art. 1107, 1139, 1230, 1247, 1258, 1912 des B. G. B.

v. Heinsberg — Polzen.

Auf dem zu Köln in der Trankgasse unter Nummer 55 belegenen Hause haftet zu Gunsten der Rentnerin Maria Katharina Friederike v. Steinhaus, Wittwe von Theodor v. Heinsberg zu Köln, der jetzigen Cassationsklägerin, eine jährlich zu Ostern durch die daselbst wohnenden Eheleute Hermann Polzen, Steuermann, und Anna Katharina Vianden zahlbare Rente.

Von Ostern 1842 ab, blieb diese Rente über 2 Jahre lang unbezahlt, und daher erhob die Wittwe v. Heinsberg auf Grund des Art. 1912 des B. G. B. mittelst Actes vom 14. August 1844 gegen die Eheleute Polzen am Kgl. Landgericht zu Köln die Ablösungsklage. Sie gab dabei den Jahresbetrag der Rente, die sie unter anderem aus einem Schreinsfuß der Stadt Köln vom 3. August 1650 herleitete, auf „5 Goldgulden in Golde churfürstlichen Gehaltes bei Rhein" oder 11 Thlr. 22 Sgr. 9 Pfg. Preußisch an, und nahm den Antrag:

> „die Verklagten zu verurtheilen, die vorstehend näher bezeichnete jährliche Rente durch 293 Thlr. 28. Sgr. 9 Pfg. Pr. C. abzulösen und diese Kapitalsumme zugleich mit dem bis verflossenen Ostern 1844 rückständigen Rentbetrage von 2 Jahren mit 23 Thlr. 15 Sgr. 6 Pfg. Pr. C. nebst fernerem Zins von Ostern 1844 an, an Klägerin nebst den Kosten zu bezahlen.

Die Verklagten, welche ihrerseits behaupteten, der Klägerin nur eine Rente von jährlich 6 Thlr. Kölnisch oder 5 Thlr. 2 Sgr. 6 Pfg. Preußisch zu verschulden, bestritten die Klage und trugen auf Abweisung derselben unter Verurtheilung der Klägerin in die Kosten an. Zugleich ließen sie den Kaufmann Emil Pfeiffer zu Köln, welcher unter dem 28. September 1842 das Haus in der Trankgasse Nro. 55 erkauft, und dabei die fragliche Rente zum Betrage von 5 Thlr. 2 Sgr. 6 Pfg. jährlich oder 101 Thlr. 20. Sgr. Kapital auf Anrechnung des Kaufpreises übernommen hatte, durch Akt vom 20. August 1844 auf Vertretung resp. Schadloshaltung beiladen.

Durch Urtheil vom 22. Februar 1845 wies das Kgl. Landgericht zu Köln die Klägerin mit ihrer Klage als unbegründet ab, und verurtheilte sie den Eheleuten Polzen gegenüber in die Kosten, legte Letzteren aber die Kosten der Adcitation zur Last.

Mittelst Akts vom 23. April 1845 ergriff die Wittwe v. Heinsberg gegen dies Urtheil die Berufung und verlangte dessen Abänderung nach Inhalt ihres in erster Instanz genommenen Antrages, jedoch nach Ausweis der Qualitäten des zweiten Urtheils mit der Maßgabe, daß sie nunmehr ein Ablösungs-Kapital von 223 Thlr. 28 Sgr. 9 Pfg. statt der früher beanspruchten 293 Thlr. 28 Sgr. 9 Pfg., und sodann statt des „ferneren Zinses von Ostern 1844 an" „fernere Zinsen, von da an forderte.

Die Verklagten, Eheleute Polzen, legten mittelst Aktes vom 30. April 1845 auch ihrerseits wider das vorgedachte Urtheil dem Adcitaten Pfeiffer gegenüber hinsichtlich des Kostenpunktes die Berufung ein, und erneuerten die Garantieklage gegen ihn.

Durch Urtheil vom 8. Januar 1846 verwarf der Kgl. Rh. A. G. H. die eingelegte Berufung, verurtheilte die Appellantin (Wittwe v. Heinsberg) zu der gesetzlichen Strafe und in die den Appellaten (Eheleuten Polzen) verursachten Kosten, erklärte die Adcitation für gegenstandslos und verfälligte die genannten Appellaten dem Adcitaten (Pfeiffer) gegenüber in die Kosten, verurtheilte aber die Appellantin (v. Heinsberg) zugleich zu deren Rückerstattung.

In den Gründen erklärte der A. G. H. zuvörderst die von den Eheleuten Polzen geständlich geschuldete Rente der 6 Thlr. Kölnisch für identisch mit der in der Klage bezeichneten von 5 Goldgulden, und erachtete dieselbe ferner für eine constituirte Rente, für welche als die dem Obligirten minder lästige die Vermuthung streite.

Weiter heißt es in den Gründen im Wesentlichen, in Uebereinstimmung mit der Ausführung des ersten Richters, wörtlich:

J. E., daß, da der Rentrückstand, worauf die Appellantin ihr Recht zur Ablösung des Kapitals gründet, unter der Herrschaft des B. G. B. entstanden ist, auch die Folgen dieser Thatsachen nach dessen Bestimmungen und insbesondere nach Art. 1912 bemessen werden müssen;

Daß nach Inhalt dieses Artikel eine zweijährige Versäumung der übernommenen Verpflichtungen durch den Rentschuldner zwar dem Rentgläubiger das Recht giebt, auf Ablösung der Rente zu dringen, daß jedoch eben wegen dieser Bestimmung es nicht genügt, blos einen Ablauf von 2 Jahren nach der letzten Rentenzahlung nachzuweisen, sondern, daß es überdies feststehen muß, daß der Ablauf dieser Zeit dem Rentschuldner als Versäumniß angerechnet werden dürfe;

Daß zur richtigen Beurtheilung dieses Verhältnisses vor Allem auch der Ort in Betracht kommt, wo die Rente vertragsmäßig oder gesetzlich zu leisten ist; daß ein Ort, an welchem die Zahlung derselben geleistet werden sollte, durch den erwähnten Rentvertrag nicht ausdrücklich bestimmt worden ist;

Daß Umstände, aus welchen eine Vereinbarung der Parteien über den Zahlungsort zu folgern wäre, nicht vorliegen;

Daß insbesondere auf die Behauptung der Appellantin, daß die Zahlung stets in deren Wohnung geleistet worden sey, nicht einmal bewiesen ist, und wenn sie erwiesen wäre, noch immer dem Zweifel Raum gäbe, ob dieses nicht mehr aus Gefälligkeit als in Anerkennung einer Pflicht geschehen wäre;

Daß daher thatsächlich anzunehmen ist, daß Appellaten eine Verpflichtung in der Wohnung des Gläubigers zu zahlen, vertragsmäßig nicht übernommen haben;

Daß, da jede Erschwerung einer Verpflichtung selbst als Ausnahme von der Regel, nur wegen eines nachgewiesenen Entstehungsgrundes als vorhanden angenommen werden kann, in Ermangelung eines solchen der Schuldner einer Geldsumme nicht die Verbindlichkeit hat, die Zahlung in der Wohnung des Gläubigers zu leisten, vielmehr nur gehalten ist, in seiner eigenen Wohnung zu zahlen;

Daß, wenn die l. 38 D. de judiciis und die l. 47 D. de legatis I darüber Zweifel übrig ließen, ob nicht in dem Falle, wo Gläubiger und Schuldner an demselben Orte wohnen, die Wohnung des Gläubigers als der Zahlungsort zu betrachten sey, dieser Zweifel durch Art. 1247 des B. G. B., dessen Anwendbarkeit auf ältere Renten mit der des Art. 1912 auf einer Linie steht, seine positive Lösung dahin erhalten hat, daß die Zahlung in der Wohnung des Schuldners zu leisten sey;

Daß die Appellantin nicht behauptet, sich zur Empfangnahme der Rente persönlich, oder durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten, in der Wohnung der Appellaten eingefunden zu haben;

Daß sie daher durch ihre Unterlassung die Appellaten nicht in die Lage versetzt hat, die Zahlung da zu leisten, wo zu zahlen diese blos verpflichtet waren;

Daß aber eine Nichtzahlung, welche die Folge der eigenen Unterlassung des Gläubigers ist, dem Schuldner als Nichterfüllung einer Verbindlichkeit nicht zugerechnet werden, und Rechtsnachtheile für ihn hervorbringen kann;

Daß der Art. 1912 des B. G. B. von dieser sich von selbst verstehenden Regel eine Ausnahme nicht gemacht hat;

Daß wenn der Schuldner b e f u g t ist, durch Hinterlegung seine Befreiung zu bewirken, und wenn, falls er von diesem Rechte Gebrauch machen will, bei dem Mangel eines verabredeten Zahlungsortes das Anerbieten dem Gläubiger in Person oder in dessen Wohnsitze geschehen muß, hieraus nicht hergeleitet werden kann, daß, wenn der Gläubiger einer Rente nicht das Seinige thut, um dem Schuldner die Erfüllung der Verpflichtung, sowie sie besteht, möglich zu machen, durch diese Versäumniß des Gläubigers der Schuldner verpflichtet werde, eine ihm beschwerlichere Handlung vorzunehmen und das Geld im Wohnsitze des Gläubigers anzubieten, falls er sich nicht einem an sich schon exceptionellen Rechtsnachtheile aussetzen wolle;

J. E., daß unter diesen Umständen die Frage auf sich beruhen kann, ob auch, abgesehen von der Meldung im Wohnsitze des Schuldners, welche dem Gläubiger deshalb obliegt, damit der Schuldner im Stande sey, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, eine constitutio in moram erforderlich seyn würde, da ohnehin nach obiger Ausführung die Entscheidung des ersten Richters gerechtfertigt erscheint, und somit auch die Adcitation sich von selbst erledigt 2c. 2c.

Die Wittwe v. Heinsberg hat gegen dieses Urtheil das Cassationsgesuch rechtzeitig angemeldet wegen Verletzung resp. falscher Anwendung der Art. 1912, 1230, 1247, 1107, 1139, 1184 und 1258 des B. G. B.

In ihrer Recursschrift führt die Cassationsklägerin zunächst als durch den A. G. H. in facto festgestellt auf, daß sie die Gläubigerin und daß sie, die Cassationsverklagten, die persönlichen Schuldner der Rente, — daß die klägerischer Seits geforderte Rente mit der von den Verklagten geständlich geschuldeten identisch — und daß dieselbe keine vorbehaltene, sondern eine constituirte Rente sey, — daß eine besondere Vereinbarung der Parteien über den Ort, wo die Zahlung zu leisten, nicht vorliege, — und endlich, daß sie, Cassationsklägerin, sich zur Empfangnahme der Rente in der Wohnung der Verklagten nicht eingefunden habe. Hiernach, meinte sie, komme folgende Rechtsfrage zur Entscheidung: Wenn der

Vertrag den Ort der Zahlung der Rente nicht bestimmt, auch feststeht, daß der Gläubiger zur Empfangnahme derselben bei dem Debenten sich nicht gemeldet, berechtigt alsdann die bloße Nichtzahlung der Rente binnen 2 Jahren den Gläubiger, dem Art. 1912 gemäß, die Ablösung der Rente zu fordern? Der A. H. verneine diese Frage blos deshalb, weil er zwischen Bring- und Hol-Renten unterschieden, im Zweifel letztere angenommen, und bei ihnen den Art. 1912, sobald der Gläubiger das Holen der Rente versäumt habe, nicht angewendet wissen wolle.

Diese Ansicht aber finde in Folgendem ihre Widerlegung:

Die Hauptstütze für dieselbe nehme der Appellhof aus dem Art. 1247 des B. G. B., welchen er für eben so anwendbar im vorliegenden Falle halte, als den Art. 1912. Allein der Zahlungsort sey hier, wo der Vertrag darüber nichts festsetze, nach älterem, nicht nach neuerem Rechte zu bestimmen. Namentlich folge aus der Anwendbarkeit des Art. 1912 noch nicht die des Art. 1247. Art. 1912 sey zwar allerdings, da er die Ablösbarkeit beständiger Renten ganz allgemein, und ohne zwischen alten und neuen Renten zu unterscheiden ausspreche, maßgebend für die Frage, ob der Fall einer Ablösung und somit der Beendigung des Rechtsverhältnisses vorliege oder nicht. Wo es sich aber um die rechtlichen Wirkungen des Rentvertrages während seiner Dauer handle, bilde nächst dem Inhalt des Vertrages selbst dasjenige Gesetz die entscheidende Norm, unter dem der Vertrag geschlossen worden.

Aber welche Gesetzgebung auch zur Anwendung kommen möge, immer erscheine die Entscheidung des Appellhofes unhaltbar, da sie gegen beide verstoße. Sie, Cassationsklägerin, wolle daher auf die Ansicht des zweiten Richters von der allgemeinen Anwendbarkeit des B. G. B. eingehen und unter dieser Voraussetzung die vorliegende Frage prüfen. Auf Art. 1247 und die Auslegung desselben komme es zuvörderst schon um deswillen hier nicht weiter an, weil seiner allgemeinen Vorschrift jedenfalls durch die spezielle Vorschrift des Art. 1912 in Bezug auf Rentverträge derogirt sey.

Man habe zwar zwischen rentes portables, welches die vertragsmäßig bei dem Gläubiger zu zahlenden, und rentes quérables, welches alle übrigen seyn sollten, einen Unterschied machen wollen, dahin, daß nur bei den ersteren der Verzug des Schuldners von selbst durch den bloßen Ablauf der Frist eintrete, bei den letztern dagegen es noch einer besonderen Versetzung in Verzug durch den Gläubiger bedürfe. Allein diese vom Appellhofe adoptirte Unterscheidung sey dem Gesetze ganz fremd. Art. 1912 spreche vielmehr ganz allgemein, ohne irgend zwischen portablen und querablen Renten zu unterscheiden, und diese Unterscheidung sey ganz willkürlich in ihn hineingetragen. Der qu. Artikel bestimme wörtlich, daß, wenn der Schuldner einer beständigen Rente während zweier Jahre seine Verbindlichkeiten nicht erfülle — „s'il cesse de remplir ses obligations," — er von dem Gläubiger zur Ablösung gezwungen werden könne: — damit werde das Zwangsrecht des Gläubigers lediglich an den Ablauf der Frist und an die Nichterfüllung der Verbindlichkeit während derselben geknüpft; dies negative Verhalten des Schuldners genüge, eine mitwirkende Handlung des Gläubigers werde nicht erfordert, und Letzterer brauche jenen nicht erst noch durch eine Aufforderung zur Zahlung besonders in Verzug zu setzen; es gelte der Satz: dies interpellat pro homine. Dies habe denn hiesige Stelle auch schon in drei Urtheilen ausgesprochen, und so namentlich in dem

vom 6. Mai 1839 in Sachen Seyfried wider die Armenverwaltung zu Köln erklärt, daß Art. 1912 das Zwangsrecht des Gläubigers, auf Ablösung der Rente zu dringen, an den bloßen Ablauf der Zahlungsfrist knüpfe, und durch diesen Umstand aus eigener Kraft eine Versetzung in Verzug bewirke. So habe ferner der hohe Hof in Sachen der Kirche St. Ursula wider Dahlen in dem Urtheile vom 1. Mai 1843*) ausgeführt, daß der Zeitablauf durch die Zeitrechnung festgestellt werde, und daß die Grundsätze vom Verzuge des Schuldners (Art. 1139) schon um deswillen außer Anwendung bleiben müßten, weil durch solche Anwendung an die Stelle der Zeitbestimmung eine andere Frist treten würde, die das Gesetz nicht bewilligt habe, und ohne Zerstörung seines Zweckes nicht habe bewilligen können. Gleicher Weise werde in jenen Urtheilen anerkannt, daß die Vorschriften von der Auflösung zweiseitiger Verträge Mangels der Erfüllung (Art. 1184) auf den einseitigen Rentvertrag nicht anwendbar seyen. Dem Gläubiger sey also sein Recht, auf Ablösung der Rente zu dringen, erworben, sobald der Schuldner zwei Jahre mit den von ihm zu leistenden Zahlungen in Rückstand geblieben sey. Diese Thatsache allein versetze ihn, den Schuldner, in Verzug Kraft spezieller Vorschrift des Gesetzes, ohne Unterschied zwischen portablen und querablen Renten.

Wenn es nun hiernach einer besonderen constitutio in moram nicht bedürfe, wie nicht allein von dem hohen Hofe, sondern auch von den französischen Gerichten (cf. Sirey 13. 2. 279 und 15. 2. 232) anerkannt sey; wenn der Rentschuldner vielmehr ohne formell in moram constituirt zu sein und ohne eine mitwirkende Handlung des Gläubigers durch den bloßen Ablauf der Zahlungsfrist in Verzug gesetzt werde, so sey es klar, daß sich der Gläubiger nicht zur Empfangnahme der Rente bei dem Schuldner einzufinden brauche. Nach Art. 1139 bestehe die formelle Versetzung in Verzug eben in nichts Anderem, als in der Aufforderung zur Zahlung. Wo eine solche Versetzung in Verzug nicht erforderlich sey, da sey es, wie sich von selbst ergebe, auch nicht die Aufforderung zur Zahlung. Daher sey im Sinne des Art. 1912 die Rente, wo nicht der Vertrag ausdrücklich das Gegentheil besage, immer portabel, und somit die allgemeine Vorschrift des Artikels 1247 durch die spezielle des Art. 1912 ausgeschlossen.

Wo aber der Verzug durch den bloßen Ablauf des Termins und kraft Gesetzes eintrete, könne der Schuldner die Folgen desselben nur durch ein zur gehörigen Zeit, d. h. vor dem gänzlichen Verstreichen des Termins gemachtes Real-Anerbieten abwenden, welches hier bei dem Mangel einer Verabredung über den Zahlungsort nach Art. 1258 6°. im Wohnsitz des Gläubigers habe erfolgen müssen. Ja selbst wenn man annehme, daß die fragliche Rente in der Wohnung des Schuldners zu zahlen gewesen, ändere sich die Lage der Sache nicht. Denn wenn der Verzug des Schuldners durch die bloße Nichterfüllung während der bestimmten Zeitfrist, ohne alle Concurrenz des Gläubigers, herbeigeführt werde, so müsse der Schuldner, wenn er die mit dem Zeitablauf verbundene Wirkung des Gesetzes ausschließlich wolle, wenigstens seine Bereitwilligkeit zur Zahlung an den Tag legen, und den Gläubiger zur Empfangnahme derselben auffordern. Thue er das nicht, so trete der durch das Gesetz angedrohte

*) Arch. Bd. 35. 2. 45. — cf. auch Arch. Bd. 38. 2. 80.

Nachtheil unwiderruflich ein, möge nun die Zahlung bei ihm oder bei dem Gläubiger zu leisten seyn. Die von dem Appellhofe in dieser Beziehung gemachte Unterscheidung zwischen Befugniß und Pflicht des Schuldners sey also hier ganz erfolglos.

Die Unterscheidung zwischen portablen und querablen Renten sey somit überhaupt unerheblich. In diesem Sinne habe der Appellhof zu Aix (Sirey 14. 2. 250) sogar in einem Falle erkannt, wo der Gläubiger an einem anderen Orte gewohnt als der Schuldner, und in eben demselben Sinne habe der hohe Hof in der den faktischen Elementen nach mit der gegenwärtigen völlig übereinstimmenden Sache der Kirche St. Ursula wider Dahlen am 1. Mai 1843 cassirend gesprochen; hier sey namentlich anerkannt worden, daß, weil eine besondere constitutio in moram nicht erforderlich sey, der Unterschied zwischen Bring- und Holrenten nicht in Betracht komme, und daß, sowie der Gläubiger befugt sey, seinen Schuldner durch eine Aufforderung in Verzug zu setzen, so auch der Schuldner da, wo es keiner constitutio in moram bedürfe, sich nothwendig binnen einer bestimmten Frist liberiren müsse, wenn er der an den Ablauf derselben geknüpften Folge vorbeugen wolle.

Die Cassationsverklagten führen hiergegen durch den Advokat-Anwalt Volkmar aus:

Es stehe zunächst in facto unbedenklich fest, daß die fragliche Rente eine Holrente sey. Die früheren Richter hätten angenommen, daß eine besondere Vereinbarung der Parteien über den Ort, an welchem die Rente zu zahlen sey, nicht vorliege; daß namentlich die Verklagten eine Verpflichtung in der Wohnung des Rentgläubigers zu zahlen vertragsmäßig nicht übernommen hätten; daß sie daher nur verpflichtet seyen, in ihrer eigenen Wohnung zu zahlen. Bei dieser Lage der Sache, bei der Feststellung der früheren Richter, daß altem Herkommen zufolge die Rente in der Wohnung des Schuldners zu leisten, daß die Cassationsklägerin nicht immer in Köln gewohnt oder dort einen Bevollmächtigten zurückgelassen, daß sie endlich noch weniger nachgewiesen, die Rente sey stets in ihrer Wohnung gezahlt, könne kein gerechtes Bedenken obwalten, daß in facto feststehe, die fragliche Rente sey quérable.

Wenn nun der Gläubiger seinerseits während zweier Jahre unterlassen, die Rente einzufordern, so könne unmöglich dadurch dem Schuldner die Pflicht, sich in Gemäßheit des Art. 1258 6°. zu liberiren, auferlegt, und ebensowenig dem Gläubiger dadurch, daß er seinen eigenen Verpflichtungen nicht nachgekommen, das Recht des Art. 1912 erworben seyn.

Die hier in Frage kommende gesetzliche Vorschrift — Art. 1912 a. l. 1 des B. G. B. — setze nämlich nothwendig eine culpa des Schuldners voraus. Art. 1912 und 1913 enthielten überhaupt die drei Fälle, in denen der Gläubiger die Ablösung der Rente verlangen könne. Art. 1912 a. l. 2, und Art. 1913 aber sprächen klar aus, daß erst die culpa des Schuldners dies Recht des Gläubigers begründe; denn es sey eine culpa, wenn jener die versprochene Sicherheit nicht gewähre oder durch sein Falliment jede Sicherheit nehme; daher werde schon a priori anzunehmen seyn, daß auch in a. l. 1 des Art. 1912 eine Verschuldung des Schuldners erfordert werde. Dafür sprächen denn auch die Worte:

„le debiteur d'une rente peut être contraint au rachat, 1°. s'il *cesse de remplir ses obligations* pendant deux années.“

Hier werde erfordert, daß der Schuldner seine Obligationen sowenig erfüllt, daß er sie geradezu verletzt habe. Seine Obligationen beständen nun aber im vorliegenden Falle nicht darin, daß er am Endtermine dem Gläubiger das Geld überbringe, sondern nur darin, daß er es für den Abholenden bereit halte. So lange also dem Zahlung fordernden Gläubiger selbige nicht verweigert worden, so lange könne man von dem Schuldner nicht sagen, qu'il *cesse* de remplir ses obligations. Denn es könne von einem Aufhören nicht die Rede seyn, so lange an ein Anfangen nicht zu denken sey. Der Gläubiger selbst aber mache dadurch, daß er die Rente nicht einfordere, die Existenz einer Verschuldung des Schuldners unmöglich und undenkbar.

Auch verstehe sich doch von selbst, daß der Gläubiger das Recht, auf Ablösung der Rente zu dringen, nicht erwerben dürfe gerade durch seine eigene culpa, durch sein eigenes culposes Unterlassen, vielmehr sey es nöthig, daß er seine eigenen Verpflichtungen erfüllt habe. Dem Gläubiger, der sein Recht dennoch so begründen wolle, stehe die doli exceptio entgegen, dahin, daß er selbst die Nichterfüllung Seitens des Schuldners veranlaßt habe.

Dazu komme, daß die entgegengesetzte Ansicht es dem Schuldner unmöglich mache, die Folgen des Verschuldens seines Gläubigers abzuwenden, und ihn somit ganz in dessen Hände gebe. Man sage zwar, er könne sie abwenden durch Real-Anerbieten und Consignation. Allein das sey in Wahrheit nicht der Fall. — Zuvörderst nämlich sey das Real-Anerbieten selbst überhaupt undenkbar, wo der Gläubiger die Sache abzuholen habe. Dann aber auch gestatte das Gesetz die offres réelles nur, lorsque le *créancier refuse* de recevoir son paiement (art. 1257); der Gläubiger aber, der eben nur vergesse, sein Geld einzukassiren, sey keiner, von dem man sagen könne: il *refuse* de recevoir son paiement, so daß die ihm dennoch gemachten offres réelles und die au *refus* du créancier de les accepter erfolgte Consignation nicht valables, und daher denn auch kein Mittel seyen, die Folgen des Art. 1912 zu beseitigen. — Endlich müsse die Deposition nach der Ansicht der Cassationsklägerin doch immer zu spät kommen, denn nach deren Meinung sey dem Gläubiger, der die Hol-Rente einzufordern versäume, das Recht auf Ablösung erworben ohne Weiteres mit Ablauf des letzten Termines. Was nun der Schuldner nach diesem Zeitpunkte thue, um den Nachtheil abzuwenden, das könne natürlich in dem einmal erworbenen Recht des Gläubigers nicht das mindeste mehr ändern, wie das der hohe Hof in Sachen der Armenverwaltung zu Köln gegen Seyfried im Urtheile vom 6. Mai 1839 anerkannt habe. Nun müsse aber der Schuldner auch wieder bis zum Ende des letzten Verfalltages den Gläubiger erwarten, der bis dahin ja tempestive komme. So stelle sich denn heraus, daß jedes während des letzten Verfalltages erfolgte Real-Anerbieten ebenso unwirksam und ungültig sey, als das nach diesem Tage geschehene. Zu einer Maaßregel aber, die sonach keinen Vortheil, sondern blos Kosten verursache, könne man doch den Schuldner nicht verpflichten. Darum hätten denn auch alle Rechtslehrer den Satz ausgesprochen, daß die reelle Oblation nur dann vom Schuldner verlangt werden könne, wenn er nach der Natur seiner Verbindlichkeit die Sache zu dem Gläubiger hintragen müsse, so

Thibaut, System pp. §. 105 (VIII. Ausgabe §. 101); von Vangerow, Lehrbuch der Pandecten, III. pag. 206, welcher letztere, obschon ein Vertheidiger der Regel „dies interpellat pro homine“ noch besonders ausführe, daß, wo der Gläubiger die Leistung von dem Schuldner abholen müsse, letzterer nie in Verzug gerathe, bevor nicht der Gläubiger zur Abholung der Zahlung bei ihm erschienen sey.

Mit der vorentwickelten Ansicht stimmen denn auch Theorie und Jurisprudenz des französischen Rechtes überein, nur allein der hohe Hof habe entgegengesetzt entschieden.

Demnächst wendet sich die Einredeschrift zur Bekämpfung der gegnerischen Gründe, und erwidert hier zuvörderst auf den Einwurf, den die Cassationsklägerin gegen die vom Appellhof über den Zahlungsort getroffene Entscheidung erhoben, daß die Behauptung der Nichtanwendbarkeit des B. G. B. im vorliegenden Falle unrichtig sey, daß es indeß auf eine nähere Widerlegung derselben nicht ankomme, indem der Cassations-Recurs nicht auf Verletzung des älteren, sondern des neuern Rechtes gegründet, und damit dem Richter die Grenze der gegenwärtigen Beurtheilung gegeben sey. — Der Ausführung der Cassationsklägerin, der Art. 1912 sey ganz allgemein, er unterscheide nicht zwischen Hol- und Bring-Renten, auch der Richter dürfe es daher nicht, setzen die Cassationsverklagten entgegen, daß Art. 1912 verlange: que le débiteur cesse de remplir ses obligations, daß aber bei einer Hol-Rente ein solches cesser, wenn auch nicht, wie zugegeben werde, von der constitutio in moram, so doch von dem Incasso des Gläubigers abhänge; daß erst, wenn dies Incasso vorausgegangen, der Artikel gleich anwendbar auf Hol- und Bring-Renten sey. Dabei bemerken die Cassationsverklagten noch, daß, wenn Art. 1912 als ein singuläres Gesetz alle allgemeinen beseitigen solle, er doch auch die ohnehin unzureichenden Art. 1257 seq. ausschließen müsse.

Demnächst wenden sie sich zu dem von der Cassationsklägerin angezogenen Urtheile hiesiger Stelle in Sachen der Kirche St. Ursula wider Dahlen vom 1. Mai 1843 und tragen dagegen Folgendes vor:

Der zweite Erwägungsgrund desselben, dahin lautend, daß der Art. 1912 die Forderbarkeit des Rent-Kapitals durch einen Zeitraum bedinge, binnen welchem der Schuldner aufgehört habe, die Jahres-Rente zu zahlen, enthalte die irrige Voraussetzung, es sey das cesser de remplir ses obligations gleich bedeutend mit Nicht-Zahlen der Rente. Es komme aber in Wahrheit nicht darauf an, daß der Schuldner zwei Jahre lang die Rente nicht bezahlt, sondern lediglich darauf, daß er so lange seine Obligationen nicht erfüllt habe. Ob aber im fraglichen Falle zu diesen Obligationen gerade die Zahlung gehört habe, das solle erst noch entschieden werden, und so enthalte jener Erwägungsgrund eine petitio principii.

Der dritte Erwägungsgrund, daß die in Art. 1139 seq. ausgesprochenen Grundsätze vom Verzuge des Schuldners hier nicht anwendbar seyen, weil durch ihre Anwendung an die Stelle der gesetzlichen Zeit-Bestimmung gegen die Worte und den Zweck des Gesetzes eine andere Frist treten würde, sey an sich unbestreitbar richtig. Es werde aber auch Seitens der Cassationsverklagten keine Sommation, keine constitutio in moram erfordert, sondern nur, daß der Gläubiger am Zahlungstage seine Pflicht thue, indem er wenigstens nicht geradezu verhindere quominus eo die praestetur. Denn erst mit dem Erscheinen des die Rente abholenden Gläubigers beginne die Verpflichtung des Schuldners und die Möglichkeit

einer culpa oder mora. Bis dahin brauche der Schuldner nur das Geld bereit zu halten. Wenn in dem Urtheil weiter erwogen werde, daß aus vorstehenden Gründen der Unterschied zwischen Bring- und Hol-Renten im vorliegenden Falle nicht in Betracht komme, so sey dagegen zu bemerken, daß die Unerheblichkeit dieses Unterschiedes nur dann nachgewiesen sey, wenn: cesser de remplir ses obligations wirklich nur soviel heiße als: die Jahres-Rente nicht zahlen. Das heiße es aber nicht, und aus dem Umstande, daß eine constitutio in moram nicht nöthig sey, könne man noch nicht folgern, daß der Schuldner sich auch dann in mora und culpa befinde, wenn sich der Gläubiger gar nicht melde. Folge dies aber nicht daraus, so sey es doch von Bedeutung, daß es sich vorliegend um eine rente quérable handle. Das werde besonders klar durch die Worte des Urtheils:

> sowie der Gläubiger befugt sey, den Schuldner durch eine Aufforderung in Verzug zu setzen, so müsse sich der Schuldner da, wo es keiner constitutio in moram bedürfe, nothwendig binnen einer bestimmten Frist liberiren, wenn er der an den Ablauf derselben geknüpften Folge vorbeugen wolle, Art. 1258.

Denn nicht auf den Verzug komme es an, sondern darauf, ob der Gläubiger erschienen sey, um die Rente abzulangen, und nicht an den Ablauf der Frist des Art. 1912 sey der rachat geknüpft, sondern an das cesser de remplir ses obligations Seitens des Schuldners, welches erst mit dem Erscheinen des Gläubigers möglich werde. Dies, den Zeit-Ablauf einerseits, und das Nicht-Erfüllen andererseits, müsse man scharf auseinanderhalten, sonst komme man zu der gewiß unrichtigen Folgerung, daß der Schuldner den Zwang zum rachat aus Artikel 1912 niemals abwenden könne.

Man habe wohl auch noch, bemerken die Cassationsverklagten schließlich, eingewendet, daß der Rent-Gläubiger ganz in der Weise wie bei der Verjährung ein Recht erwerbe, und daß, wenn er sich durch Sommation die Erwerbung unmöglich machen solle, das den Art. 1912 geradehin streichen heiße. Allein auch diese Deduction greife bei der rente quérable nicht durch, denn die Verjährung beruhe auf der negligentia, man verliere da sein Recht, weil man es nicht wahre; im vorliegenden Falle aber stelle sich die Sache umgekehrt, denn hier solle der Schuldner um der negligentia des Gläubigers willen ein Recht verlieren und der creditor negligens selbst ein Recht erwerben. Ueberdies werde von dem creditor auch nicht verlangt, daß er sich durch Interpellation die Erwerbung des Rechtes unmöglich mache. Jener Einwand vermische die wesentlich verschiedenen Begriffe der Sommation und des Einforderns der Rente.

Endlich meinen die Cassationsverklagten, daß auf keinen Fall sofort zur Sache erkannt werden könne. Denn es stehe nicht fest, ob die Rente mit 223 Thlr. 28 Sgr. 9 Pfg. abzulösen, oder ob nur 6 Thlr. Kölnisch als ihr Betrag anzunehmen und ferner, ob die noch rückständigen Renten mit 6 Thlr. Kölnisch oder mit 5 Goldgulden zu veranschlagen seyen. Noch weniger sey ersichtlich wie Cassationsklägerin zu dem Antrage komme, ihr diese Kapitalsumme zugleich mit dem Ostern 1844 rückständigen Rent-Betrage von 2 Jahren mit 23 Thlr. 15 Sgr. 6 Pfg. Preußisch nebst ferneren Zinsen von Ostern 1844 an zuzusprechen; denn zu einer Verzinsung und zu einer Verpflichtung die einzelnen Termine abzutragen, sey jedenfalls constitutio in moram oder doch das Vorangehen des incasso erforder-

2*

lich, und wie Cassationsklägerin gerade auf die Summe von 23 Thlr. 15 Sgr. 6 Pfg. komme, sey gar nicht erfindlich.

Auf allen Fall sey der Adcitat Pfeifer schlechthin regreßpflichtig; denn müsse die Rente abgelöst werden, so sey dies seine Schuld, indem er seiner contractlichen Verpflichtung entgegen die übernommene Rente von jährlich 6 Thlr. Kölnisch nicht entrichtet habe, durch ununterbrochene Entrichtung dieser Rente aber der Klage, namentlich auch dem erhöheten Anspruche auf eine Rente von 5 Goldgulden jährlich, vorzubeugen gewesen sey.

Der General-Advokat Berghaus wurde in seinem Antrage gehört. Derselbe trug darauf an, daß abweisend von den bisherigen Entscheidungen des Kgl. Revisions- und Cassationshofes (Arch. Bd. 35. 2. 45 und Bd. 39. 2. 80) der eingelegte Cassationsrekurs als ungegründet verworfen werden möge. Zur Rechtfertigung dieses Antrages wurde näher ausgeführt, daß weder die vorliegende Renturkunde, noch die Statutarrechte der Stadt Köln über den Zahlungsort eine Verfügung enthielten, daß sohin das römische Recht, unter dessen Herrschaft die Rente constituirt worden, für den vorliegenden Fall maaßgebend sey; — Daß nach der L. 18. ff. de constituta pecunia und der Lehre des Voet. in comment. ad pandectas Lib. 11. 6. Tit. 3. Nr. 12 der Gläubiger die Rente in der Wohnung des Schuldners abzuholen verpflichtet sey, daß aber in dem vorliegenden Falle nicht einmal eine Zahlungs-Aufforderung Statt gefunden habe, sohin ein Verzug auf Seiten des Schuldners nicht eingetreten sey, folglich auch der Art. 1912 des B. G. B. keine Anwendung finde.

Urtheil:

J. E., daß der Rh. A. G. H. in dem angegriffenen Urtheile erklärt hat, daß der Cassationskläger nach den früheren Gesetzen, worunter der Rentenvertrag zu Stande gekommen, in rückbezogener Verbindung mit dem Art. 1247 des B. G. B. die fragliche Rente in der Wohnung der Cassationsverklagten in Empfang zu nehmen gehabt habe;

Daß diese Erklärung, indem sie die aus dem damals geltenden Römischen Recht als einigermaßen zweifelhaft gedeutete Ansicht durch ein späteres Gesetz (Art. 1247 des B. G. B.) ins Klare zu stellen suchte, (L. 26, 27, 28 ff. de legibus) jedenfalls keinem der in dem Cassationsgesuche angeführten Gesetze widerstreitet;

Daß, so lange demnach der Cassationskläger oder ein Bevollmächtigter desselben in der Wohnung der Cassationsverklagten zur Empfangnahme der Rente sich nicht einstellte, diese auch nicht in die gesetzliche Nothwendigkeit versetzt waren, dieselbe zu zahlen;

Daß bei dieser Annahme des Nichtbezahlenmüssens von Seiten der Cassationsverklagten auch von der früheren Nothwendigkeit eines Real-Anerbietens derselben als Surrogat der Zahlung die Rede nicht seyn konnte;

Daß nun aber feststeht, daß sich der Cassationskläger in der Wohnung der Cassationsverklagten zur Empfangnahme der Rente nicht eingefunden hat, mithin dem Cassationskläger der Verzug der Empfangnahme, und nicht den Cassationsverklagten ein Verzug der Zahlung, zur Last fällt;

Daß folglich im Sinne des Art. 1912 des B. G. B. von den Cassationsverklagten nicht gesagt werden kann, daß sie gesetzlich oder vertragsmäßig aufgehört hätten, ihre Verbindlichkeit zu erfüllen;

Daß sonst das angegriffene Urtheil, indem es in diesem Sinne entschied, die Art. 1184, 1258 und 1912 des B. G. B. nicht verletzt, viel-

mehr die Art. 1107, 1139, 1230 und 1247 des B. G. B. auf den vorliegenden Fall richtig angewandt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Rh. A. G. H. vom 8. Januar 1846 eingelegten Cassations-Recurs, und verurtheilt die Cassationsklägerin in Strafe und Kosten u. s. w.

Sitzung vom 20. September 1847.

Ref. H. G. O. R. R. Esser. Concl. H. G. A. Berghaus. — Advokaten: Deyks — Volkmar.

Oeffentliches Ministerium. — Befugniß zur Einlegung von Rechtsmitteln in Strafsachen. — Freisprechung wegen Mangels an Unterscheidungsvermögen. — Verurtheilung in die Kosten.

Das öffentl. Ministerium hat vermöge seiner Bestimmung, die richtige Handhabung und Anwendung der die öffentliche Ordnung berührenden Gesetze zu überwachen, auch die Befugniß, im Interesse und zum Vortheile der Angeschuldigten in Strafsachen Rechtsmittel einzulegen.

Der Beschuldigte, welcher zwar wegen Mangels an Unterscheidungsvermögen mit der gesetzlichen Strafe verschont, aber einem Besserungshause zur Erziehung überwiesen wird, muß in die Kosten des gerichtlichen Verfahrens verurtheilt werden.

Oeffentl. Ministerium — Frelloehr.

Die Zuchtpolizeikammer des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld sprach den 12 Jahre alten Wilhelm Frelloehr von der gegen ihn erhobenen Beschuldigung des Vergehens der Bettelei und des Vagabondirens wegen Mangels an Unterscheidungsvermögen durch Urtheil vom 24. August 1843 frei und verordnete dessen Erziehung in einem Correktionshause, legte indeß dem Beschuldigten die Kosten zur Last.

Wegen des letztern Punktes appellirte das öffentl. Ministerium. Allein durch Urtheil vom 27. November v. J. verwarf die korrektionelle Appellationskammer des Landgerichts die Berufung als unannehmbar, weil durch die Urtheilsbestimmung nur der Beschuldigte beschwert erscheinen könnte, also allein zur Berufung befugt sey, wogegen dieses Rechtsmittel als nicht geeignet angesehen werden müsse, die Abänderung des Erkenntnisses in dem Interesse des Gesetzes durch das öffentl. Ministerium zu betreiben.

Der Oberprokurator des Landgerichtes zu Elberfeld hat gegen dieses Urtheil den Cassationsrekurs eingelegt.

Zur Rechtfertigung wird in dem Einsendungsberichte gesagt:

Die Stellung des öffentl. Ministeriums im Strafverfahren sey nicht allein die des Anklägers, sondern ihm liege ebensowohl die Vertretung des Gesetzes und der öffentlichen Ordnung ob, es müsse daher, wenn ein in dieser letztern Beziehung beschwerendes Urheil ergehe, der Staatsbehörde das Rechtsmittel der Berufung nicht minder als in den Fällen zustehen, in welchen das öffentl. Ministerium als anklagende Behörde sich beschwert fühle.

Ueberdies sey die Befugniß zu appelliren, dem öffentl. Ministerium im Art. 202 der Str. Pr. O. ganz allgemein gegeben und nirgends nur auf gewisse Fälle beschränkt.

Mit der ausgesprochenen Ansicht stimme denn auch die französische Jurisprudenz und die Praxis der dortigen Gerichtshöfe überein, in welcher Beziehung er sich auf Légraverend, traité de la legislation criminelle t. 2. p. 265 und die dort angeführten Entscheidungen beziehe.

Urtheil:

J. E., daß zwar die Cr. Pr. O., Art. 1 und 22, dem öffentl. Ministerium die Rüge aller Vergehen und die Erwirkung deren Bestrafung überwiesen hat; jedoch hierauf dessen Amtsthätigkeit in dem Strafverfahren nicht beschränkt ist, indem solches nur einen Theil seines Berufes bildet; daß vielmehr dessen ursprüngliche und Hauptbestimmung nach Art. 1 Tit. 8 des Justiz-Organisationsgesetzes vom 24. August 1790 ist, die richtige Handhabung und Anwendung der die öffentliche Ordnung berührenden Gesetze, wohin besonders die Strafgesetze gehören, zu überwachen;

Daß, um diese höhere Stellung des öffentl. Ministeriums desto mehr zu sichern, der Art. 4 Tit. 8 des gedachten Gesetzes verordnete, daß die Beamten desselben keine öffentliche Ankläger seyn sollten, sondern diese neben demselben bestanden;

Daß zwar die Constitution vom 22. Frimaire VIII. nach dem schon früher durch das Gesetz vom 20. Oktober 1792 eine vorübergehende, durch das Gesetz vom 5. Fructidor III wieder aufgehobene Vereinigung beider Aemter vorhergegangen war, diese Verbindung wieder herstellte, indem im Art. 63 den Beamten des öffentl. Ministeriums die Amtsverrichtung des öffentlichen Anklägers überwiesen wurde, welches in der bestehenden Cr. Pr. O. beibehalten ist; daß jedoch durch diese Verbindung jene Hauptbestimmung des öffentl. Ministeriums nicht aufgehoben oder verändert worden, sondern dasselbe neben der ihm übertragenen Berufspflicht, begangene Vergehen zu rügen und gegen die Schuldigen die verdiente Strafe zu erwirken, vor wie nach, jenen höheren Hauptberuf behielt, die Handhabung des Gesetzes und der Gerechtigkeit zu überwachen, und demgemäß darauf zu sehen, daß kein Unschuldiger verurtheilt, und kein Schuldiger mit einer härtern als durch das Gesetz verwirkten oder ungesetzlichen Strafe belegt werde; daß die Str. Pr. O. diese doppelte Stellung des öffentl. Ministeriums berücksichtigend, demselben die Rechtsmittel der Appellation und Cassation in Strafsachen gestattet, ohne solche auf den Fall zu beschränken, wenn sie gegen den Angeschuldigten gerichtet sind;

Daß namentlich auch in Art. 202 der Cr. Pr. O. die Befugniß, in korrektionellen Sachen zu appelliren, welche nach Art. 193 des Str. G. B. vom 3. Brumaire IV. zwischen den Beamten des öffentl. Ministeriums und dem öffentlichen Ankläger getheilt war, jetzt dem öffentl. Ministerium ungetheilt und unbeschränkt übertragen ist;

daß daher dasselbe unstreitig befugt ist, auch im Interesse und zum Vortheil der Angeschuldigten Rechtsmittel einzulegen, wie denn auch das dem öffentl. Ministerium nach Art. 298 gegen ein Anklageurtheil gestattete Rechtsmittel der Cassation und das durch eben dasselbe geltend zu machende Rechtsmittel der Revision dies beurkunden, indem beide Rechtsmittel die Vernichtung einer Anklage und einer Verurtheilung bezwecken, und der Art. 408 ausdrücklich dem öffentl. Ministerium, eben so wie dem Verurtheilten, die Befugniß beilegt, die Nichtigkeit eines kondemnatorischen Urtheils zu erwirken; daß folglich die korrektionelle Appellationskammer des Landgerichts zu Elberfeld, indem sie die Berufung des öffentl. Ministeriums verwarf, in den Art. 202 eine darin nicht enthaltene Beschränkung gelegt und denselben dadurch verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der correktionellen Appellationskammer des Landgerichts zu Elberfeld vom 27. November 1843 und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Und, indem derselbe an die Stelle des Appellationsrichters tritt, um über die eingelegte Berufung zu erkennen:

I. E., daß, wenngleich der Angeschuldigte wegen Mangels des Unterscheidungsvermögens mit der ordentlichen gesetzlichen Strafe verschont und dessen Erziehung in einem Besserungshause verordnet worden, derselbe nichts desto weniger der begangenen That schuldig und unterliegender Theil ist, wovon nach Art. 162 der Cr. Pr. O. die Verurtheilung in die Kosten eine nothwendige Folge ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Berufung gegen das Urtheil der correktionellen Kammer des Landgerichts zu Elberfeld vom 24. August 1843 als ungegründet.

Sitzung vom 19. Februar 1844.

Ref. H. G. O. R. R v. Daniels. — Concl. H. G. A. Jähnigen.

Cassationsrecurs. — Ungewißheit des Urtheils a quo. — Unannehmbarkeit. — Rechtsverletzung. — Antrag des öffentl. Ministeriums. — Requête civile. — Cassationsinstanz. — Einrede der Nichtberufbarkeit. — Handelsschuld. — Verurtheilung. — Eheleute. — Persönliche Haft. — Handelsfrau.

Die nach Datum unrichtige Bezeichnung des durch Cassation angegriffenen Urtheils bewirkt nur insofern eine Unannehmbarkeit des Gesuches, als dadurch die Identität desselben in Zweifel gestellt wird. — Die Beschwerde der Rechtsverweigerung kann nicht im Wege der Cassation,

sondern nur der Requête civile geltend gemacht werden. — Dasselbe gilt in Betreff einer solchen wegen Verletzung des Art. 83 der B. P. O. — Es ist statthaft, die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung wegen Mangels eines appellabelen Gegenstandes zuerst in der Cassationsinstanz zu machen. — Werden Eheleute unter der Bezeichnung: als Kaufleute, mit persönlicher Haft zur Zahlung einer Summe durch ein Contumazialurtheil des Handelsgerichtes verurtheilt, und erkennen beide dasselbe als rechtskräftig an; so ist dennoch die Ehefrau der persönlichen Haft nur insofern unterworfen, als sie eine Handelsfrau im gesetzlichen Sinne ist.

Art. 83, 480 Nro. 5 u. 8, Art. 501 der B. P. O. — Art. 2063 des B. G. B.

Rothschild — Jacobs.

Die Eheleute David Jacobs und Regina Stöhr zu Castellaun bekannten durch Schein vom 20. Januar 1845 dem Handlungshause David und Samuel Rothschild zu Simmern eine Restsumme von 345 Thlr. 4 Sgr. 3 Pfg. für Waaren, welche sie zum Wiederverkaufe erhalten, solidarisch schuldig zu seyn. Am 6. Februar 1845 wurden dieselben wegen Zahlung dieser Summe vor das Kgl. Handelsgericht zu Koblenz geladen und in dem Gerichtsvollziehersacte als „Kaufleute" qualificirt. Die Verklagten erschienen nicht, und es erging am 10. dess. M. ein Contumazialurtheil, welches sie solidarisch und unter dem Nachtheile der persönlichen Verhaftung zur Zahlung der 345 Thlr. 4 Sgr. 3 Pfg. nebst Zinsen seit dem Tage der Klage und den Kosten des Prozesses verurtheilte.

Auf der Urtheils-Ausfertigung findet sich folgende Erklärung:

„die unterzeichneten Eheleute Jacobs erkennen hiermit vorstehendes Contumazial-Urtheil als rechtskräftig an, verzichten auf Opposition und jedes andere Rechtsmittel dagegen, und haben die dadurch veranlaßten Kosten den Urtheilsimpetranten heute bezahlt.

Castellaun den 17. Februar 1845.

(gez.) D. Jacobs.

(gez.) R. Jacobs."

Der Ehemann Jacobs kam bald darauf in Fallimentszustand und ein Concordat vom 9. September 1845 bewilligte seinen Gläubigern 22% ihrer Forderungen. Das Handlungshaus Rothschild ließ, um den Rest seines Guthabens mit 289 Thlr. 27 Sgr. 1 Pfg. beizutreiben, der Ehefrau Jacobs am 8. Februar 1846 einen Zahlungsbefehl mit Androhung der Körperhaft zustellen, worauf dieselbe, unter Ermächtigung ihres Ehemannes, am 25. dess. Monats gegen das Contumazialurtheil vom 10. Februar 1845 Opposition mit Vorladung an das Handelsgericht insoweit einlegte, als auf Körperhaft gegen sie erkannt worden sey. Sie gründete bei der contradictorischen Verhandlung den Einspruch darauf, daß das Gesetz die Körperhaft nur gegen eine öffentliche Handelsfrau gestatte, daß sie aber diese Eigenschaft niemals besessen, und daß das

erwähnte Anerkenntniß ihr nicht entgegenstehe, weil man sich nicht in anderen, als den vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Fällen der Körperhaft unterwerfen könne. Von Seiten des Oppositen wurde dem Einspruch, mit Rücksicht auf den Akt vom 17. Februar 1845, der Einwand der Unannehmbarkeit entgegengesetzt, welchen auch das Kgl. Handelsgericht, unter Anwendung der Art. 158 und 159 der P. O. annahm, weil die Opponentin das Contumazialurtheil als rechtskräftig anerkannt und die Kosten bezahlt habe, und durch Urtheil vom 9. März 1846 die Opposition unter Verfälligung der Opponentin in die Kosten als unstatthaft verwarf.

Die Ehefrau Jacobs ergriff dagegen das Rechtsmittel der Berufung wiederholte den in erster Instanz genommenen Antrag, erbot subsidiarisch den Beweis, daß sie niemals Handelsfrau gewesen, und deferirte dem Oppositen den Entscheidungseid, daß ihr, statt des Anerkenntnisses, nur ein Blanquet zur Unterschrift vorgelegt, sowie daß die Kosten nicht bezahlt worden seyen. Der Appellat suchte die Einrede gegen die Annehmbarkeit der Berufung noch durch den ferneren neuen Grund zu rechtfertigen, daß, wenn dem Erkenntniß über die Körperhaft nicht habe acquiescirt werden können, dann auch die Peremtion durch das Anerkenntniß nicht gehemmt worden, und eine Opposition gegen ein perimirtes Urtheil unzulässig gewesen sey.

Der A. G. H. zu Köln reformirte am 6. Juli 1846 das Urtheil des Handelsgerichtes vom 9. März deff. J., nahm den Einspruch gegen das Contumazialurtheil vom 10. Februar 1845 hinsichtlich der erkannten Körperhaft an, hob diesen Theil des Urtheiles auf, und legte dem Appellaten die Kosten des Oppositionsverfahrens und der zweiten Instanz zur Last. Die Gründe des Urtheils sind folgende:

J. E., daß die persönliche Freiheit nicht anders, als in den durch die Gesetze ausdrücklich bestimmten Fällen, der Gewalt eines Andern unterworfen und namentlich die Fähigkeit, sich unter Körperhaft zu verpflichten, durch den Art. 2063 des B. G. B. dergestalt beschränkt ist, daß eine derartige Verpflichtung in allen anderen, als den vom Gesetze ausdrücklich gebilligten Fällen unbedingt zu den reprobirten gehört;

Daß mithin die Appellantin, wenn angenommen werden muß, daß sie keine öffentliche Handelsfrau sey, für die mit ihrem Ehemanne eingegangene Waarenschuld sich weder unter Körperhaft verpflichten, noch durch irgend einen späteren Akt der Anerkennung eine solche nichtige Verbindlichkeit zu einer gesetzlich wirksamen machen konnte;

Daß in diesem Sinne die Anerkennung des gegen die Appellantin erlassenen Contumazialurtheils, ihr Verzicht auf die dagegen zustehenden Rechtsmittel und die Zahlung der Kosten nur insoweit von Wirksamkeit sind, als die Appellantin durch ihre Willenserklärung und Handlungen sich ihrer Rechte freiwillig begeben konnte, nicht aber in soweit sie dadurch über unveräußerliche Rechte, namentlich über ihre persönliche Freiheit, verfügte;

Daß ihr daher gegen ihre Verurtheilung zur Körperhaft, der erklärten Beruhigung und Kostenzahlung ungeachtet, die gesetzlichen Rechtsmittel unbenommen bleiben;

J. E., daß nach Art. 5 des H. G. B. die Appellantin als Handelsfrau nur dann zu betrachten seyn würde, wenn sie neben ihrem Ehemanne, der Kaufmann ist, einen abgesonderten Handel betrieben hätte;

Daß die Eigenschaft, welche der Appellat ihr und ihrem Ehemanne „als Kaufleuten" in der Ladung zum Contumazial-Urtheil vom 10. Februar 1845 einseitig beigelegt hat, nicht als Gegenstand, sondern nur als Grund der gegen sie unter Körperhaft erlassenen Verurtheilung angesehen werden kann;

Daß mithin die Anerkennung des Contumazial-Urtheils eine Anerkennung der Thatsache, daß sie Handelsfrau sey, nicht enthält, die Appellantin vielmehr sowohl in den Qualitäten zum contradictorischen Urtheil vom 9. März 1846, wie auch vom Appellaten selbst im Acte über die Zustellung des gedachten Urtheils, als „ohne Gewerbe" bezeichnet wird;

Daß daher ihre Verurtheilung unter Körperhaft ungesetzlich und das Urtheil, welches ihren Einspruch gegen diesen Theil des Contumazial-Erkenntnisses verwarf, zu reformiren ist 2c.

Das Handlungshaus Rothschild meldete gegen dieses Urtheil innerhalb der gesetzlichen Frist durch die am 20. November 1846 präsentirte Vorstellung den Cassations-Recurs an, und auf den Vorladungs-Act vom 30. Dezember deff. J. haben die Cassationsverklagten am 4. Mai ihre Einredeschrift zustellen lassen.

Der Cassationskläger gründet den Rekurs:

I. Auf Rechtsverweigerung, wegen Verletzung der Art. 77, 80 und 88 des Gesetzes vom 27. Ventose Jahres 8.

In der zweiten Instanz, bemerkt derselbe, habe es sich um zwei Fragen gehandelt:

1) welche Wirkung äußere das Anerkentniß vom 17. Februar 1845 auf die in dem angegriffenen Contumazial-Urtheil ausgesprochene Körperhaft;

2) sollte man diesem Act keine Wirkung beilegen wollen, ist dann das Contumazial-Urtheil nicht wenigstens als perimirt anzusehen, und daher jede dagegen gerichtete Opposition unzulässig?

Nur die erste dieser Fragen habe der A. G. H. einer Prüfung unterworfen, dagegen die zweite ganz übergangen, und sich eine Rechtsverweigerung zu Schulden kommen lassen.

II. Auf Verletzung der Art. 141 und 83 Nro. 6 der Pr. O., indem der Name des Kgl. Prokurators, welcher den Antrag genommen, bei Strafe der Nichtigkeit in das Urtheil aufzunehmen sey, in der vorliegenden Urtheils-Ausfertigung aber der General-Advokat Simons als gegenwärtig aufgeführt werde, während der General-Prokurator Berghaus concludirt haben soll, somit also ein offenbarer Widerspruch obwalte.

III. Auf Verletzung des Art. 4 und 5 Tit. 4 des Gesetzes vom 24. August 1790 und Art. 646 des H. G. B.

Der Gegenstand des Oppositions-Prozesses sey ausschließlich die Zulässigkeit der Körperhaft. Wenn nun eine Sache nicht deshalb appellabel werde, weil auf Körperhaft angetragen und erkannt worden, letztere vielmehr nur als ein Vollzugsmittel erscheine, welche auf den Werth des Streitgegenstandes keinen Einfluß habe, so folge, daß die Berufung wegen Mangels einer appellabelen Summe unannehmbar sey, und dieser Einwand als der öffentlichen Ordnung angehörig, könne noch vor dem Cassationshofe geltend gemacht werden.

IV. Auf Verletzung oder falsche Anwendung der Art. 1317 bis 1329, 1337 bis 1342, 1351 und 2063 des B. G. B. und der Art. 156, 158 159, 397 bis 403 und 443 der Pr. O.

Hierbei bemerkt der Cassationskläger:

1) Im Allgemeinen besteht der Grundsatz, daß jedes Urtheil als rechtsverbindlich anerkannt und auf die Rechtsmittel verzichtet werden kann. Wenn auch der Art. 2063 des B. G. B. aus wohlmeinender Fürsorge und aus einem vormundschaftlichen Princip die freie Disposition über die eigene Persönlichkeit beschränkt, so ist doch ein solches Ausnahmegesetz auf das strengste zu interpretiren und sind nach seinen Worten nur diejenigen Acte verboten, durch welche die Körperhaft allererst stipulirt und die Zulässigkeit dieses Rechtsmittels allein begründet wird. Sehr verschieden aber hiervon ist der Fall, wenn durch eine richterliche Entscheidung die Körperhaft bereits ausgesprochen worden und durch einen späteren Act dieses Urtheil nur als rechtskräftig anerkannt werden soll. Allein abgesehen hiervon, beweist auch der Act vom 17. Februar 1845, daß die Prozeßkosten bereits bezahlt und hiermit das Contumazial-Urtheil im gesetzlichen Sinne vollzogen worden ist, so daß nach Art. 158 und 159 der Pr. O. die Opposition unzulässig erscheint. Wendet man ein, daß die Zahlung der Kosten nicht mehr, als ein Acquiescement, enthalten kann, so steht uns der Art. 159 mit seiner Vorschrift „Zahlung der Kosten ist Execution des Urtheils" zur Seite und es muß dabei bewenden, gleichviel ob der Gesetzgeber hierbei geirrt hat oder nicht. Dabei besteht übrigens ein großer Unterschied zwischen Acquiescement und Execution; beide verhalten sich, wie Freiheit und Nothwendigkeit, und hat man sich im Fall der Execution der gesetzlichen Rechtsmittel nicht bedient und den Vollzug vor sich gehen lassen, so tritt von selbst die Rechtskraft ein, welche nach Art. 1351 bei keinem Urtheil ausgeschlossen ist.

2) Will man aber das Anerkenntniß und die Bezahlung der Kosten unberücksichtigt lassen, so liegt noch der andere oben bei 1) angeführte Grund der Unannehmbarkeit der Opposition vor, nämlich die Peremtion des Contumatial-Urtheiles, welches nicht innerhalb der 6 Monate nach der Publication vollzogen worden ist. Eine Opposition kann aber nur gegen ein lebenskräftiges und nicht gegen ein perimirtes Contumazialurtheil zulässig seyn.

Was sodann die Hauptsache betrifft, sagt der Cassationskläger weiter, so führt der A. G. H. an, die Cassationsverklagte habe nicht anerkannt, daß sie eine öffentliche Handelsfrau gewesen sey. Allein in dem Urtheil vom 10. Februar 1845 heißt es:

> „daß angenommen werden muß, die Verklagten hätten der Klage
> „überhaupt und der ihnen beigelegten Qualität (als Kaufleute)
> „nichts entgegen zu setzen;

und auf der Urtheils-Ausfertigung steht:

> „die Eheleute Jacobs erkennen das Urtheil als rechtskräftig an;"

es folgt hieraus, daß die Ehefrau Jacobs auch ihre Qualität als Handelsfrau anerkannt hat, und dieser Punkt, welcher sich auf die Wirkungen eines Anerkenntnißactes bezieht, unterliegt der weiteren Prüfung des Cassationshofes.

Der Antrag des Cassationsklägers geht demnach dahin:

„das Urtheil des Kgl. A. G. H. vom 16. Juli v. J. als nichtig zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Geldstrafe zu verordnen und den Cassationsverklagten die Kosten zur Last zu legen; demnächst in der Sache selbst sprechend, die Berufung gegen das Urtheil des Handelsgerichtes zu Koblenz vom 9. März v. J. als unannehmbar oder doch als unbegründet zu verwerfen, und die Appellantin in die Kosten beider Instanzen zu verfälligen.

Die Cassationsverklagten setzen in der Einredeschrift dem Cassationsrecurs vorerst den Einwand der Unannehmbarkeit entgegen, weil das Cassationsgesuch nach Ueberschrift und Inhalt gegen ein Urtheil vom 16. Juli v. J. gerichtet, an diesem Tage aber kein Urtheil unter den Parteien erlassen worden, vielmehr ein Erkenntniß nur vom 6. Juli v. J. ergangen sey; der Recurs sey daher ohne Gegenstand. Zur Sache selbst erwidern die Cassationsverklagten:

1) bei dem ersten Cassationsmittel, daß eine Beziehung der angeblich verletzten Gesetzesstelle auf den vorliegenden Fall nicht zu finden sey, und daß darin keine Rechtsverweigerung liegen könne, wenn der A. G. H. sich über den gegen die Zulässigkeit der Opposition vorgebrachten Rechtsgrund nicht speziell ausgesprochen habe. Hierin liege eine stillschweigende Verwerfung und es frage sich daher nur, ob der fragliche Einwand sich rechtfertigen lasse.

2) Bei dem zweiten Cassationsmittel erkläre sich der gerügte Widerspruch einfach daraus, daß bei Verhandlung der Sache der Generalprocurator Berghaus concludirt habe, und daß in einer späteren Sitzung bei der Publication des Urtheils der General-Advokat Simons anwesend gewesen sey. Uebrigens habe das öffentl. Ministerium in dieser Sache nicht einmal einen Antrag nehmen müssen.

3) Der dem dritten Cassationsmittel zum Grund gelegte Einwand sey verspätet und hätte in der Appellationsinstanz vorgebracht werden müssen; jedenfalls sey aber die Sache in doppelter Beziehung appellabel; einmal, weil es sich von dem Vollzuge eines Urtheils handle, welches eine Summe von 345 Thlr. zuerkannt habe, und wovon noch 289 Thlr. beigetrieben werden sollten, sodann weil das Objekt wegen der Körperhaft als unschätzbar zu betrachten sey.

4) Hinsichtlich des vierten Cassationsmittels bemerken die Cassationsverklagten:

1) in Bezug auf den Akt vom 17. Februar 1845:

Nach Art. 2063 des B. G. B. ist jeder, die Freiheit eines Menschen beeinträchtigende Vertrag, mag er ein einseitiger oder zweiseitiger, auf diese oder jene Weise zu Stande gekommen seyn, nur in den speciell bestimmten Fällen gültig, sonst aber mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet. Die allgemeine Regel ist daher, daß man nicht vertragsmäßig über seine Freiheit disponiren kann, und es findet daher der Grundsatz, daß solche Ausnahmegesetze streng und beschränkend zu interpretiren, seyen, hier keine Anwendung. Das Handelsgericht, durch den Vortrag des Cassationsklägers irre geleitet, hat gegen die Ehefrau Jacobs in einem nicht gestatteten Fall die Körperhaft ausgesprochen, sein Urtheil konnte daher, so lange es nicht vollstreckt war, im Wege der geordneten

Rechtsmittel aufgehoben werden. Wenn nun auch das Anerkenntniß vom 17. Februar 1845 seine Richtigkeit hätte, so wurde hierdurch ein Vertrag eingegangen, um die bis dahin unmögliche Vollstreckung der Körperhaft möglich zu machen, d. h. der Vertrag war auf Umgehung des Art. 2063 berechnet, daher nichtig und kann der Opposition gegen das Contumazialurtheil nicht entgegengesetzt werden.

Dasselbe tritt hinsichtlich der angeblichen Zahlung der Kosten ein; kann man sich nicht durch eine ausdrückliche Willenserklärung dem Personalarrest unterwerfen, so ist es ebensowenig durch eine stillschweigende zulässig, und mehr als solche kann in der Zahlung der Kosten nicht gefunden werden, da sie kein zwangsweiser Vollzug des Urtheils ist.

2) Wenn der Cassationskläger wegen eingetretener Peremtion das Rechtsmittel der Opposition für unzulässig erachtet und darauf hindeutet, daß der Weg der Peremtionsklage habe gewählt werden müssen, so übersieht er, daß letztere nur dann stattfinden kann, wenn eine Instanz noch anhängig ist, nicht aber wenn dieselbe, wie hier, durch ein Urtheil bereits beendigt worden. Betrachtet man ferner das Urtheil, weil es binnen 6 Monaten nicht vollzogen war, als nicht ergangen, so bedurfte es zu seiner Beseitigung keines besonderen Rechtsmittels, am wenigsten einer Peremtionsklage, vielmehr konnte die Ehefrau Jakobs, wenn es zur Execution gebracht wurde, Opposition gegen den Vollzug eines solchergestalt erloschenen Titels einlegen.

Für die Cassationsverklagte wird angetragen:

> das eingelegte Cassationsgesuch, sey es als unannehmbar, sey es als ungegründet, zu verwerfen, und den Cassationskläger in die Kosten zu verurtheilen, in dem Fall einer Cassation aber die Sache vor den Kgl. A. G. H. zurückzuweisen, damit derselbe noch über die Eidesdelation und das Beweiserbieten erkenne.

Urtheil:

J. E., auf den Einwand der Unannehmbarkeit des Cassationsgesuches:

Daß von dem Kgl. A. G. H. in der Sache nur ein Urtheil unter dem 6. Juli v. J. erlassen worden, die von Seiten der Cassationsverklagten selbst veranlaßte unrichtige Bezeichnung desselben mit dem Datum des 16. Juli daher zu keiner Ungewißheit hinsichtlich des angegriffenen Erkenntnisses führen konnte, mithin diese Einrede zu verwerfen ist;

J. E. zur Sache selbst, was das erste Cassationsmittel betrifft;

Daß, wenn der Appellationshof die Frage wegen Peremtion des Contumazial-Urtheils vom 10. Februar 1845 nicht berührt und in den Motiven nur den andern, der Zulässigkeit der Opposition aus dem Act vom 17. Februar 1845 entgegengesetzten Grund geprüft hat, hierin keine Rechtsverweigerung im eigentlichen Sinne zu finden ist, welche übrigens nach Art. 480 Nro. 5 und 501 der Pr. O. zu einem Cassations-Recurs nicht Veranlassung geben könnte; daß ebensowenig der Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810 verletzt ist, da das Urtheil vom 6. Juli v. J. überhaupt Motive enthält, und es nur darauf ankömmt, ob der Einwand wegen der Peremtion gerechtfertigt worden, was bei dem vierten Cassationsmittel zu untersuchen ist.

Zum zweiten Cassationsmittel:

Daß, abgesehen davon, daß die Ausfertigung des Urtheils vollständig nachweist, welcher Beamte des öffentl. Ministeriums in der Sache den Antrag genommen hat, die etwaige Verletzung des Art. 83 der Pr. O. nur im Wege des Art. 480 Nro. 8 geltend zu machen sein würde.

Zum dritten Cassationsmittel:

Daß die Frage, ob ein Urtheil durch Rechtsmittel angegriffen werden kann, der öffentlichen Ordnung angehört, und von Amtswegen zu prüfen ist, daher die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung wegen mangelnder appellablen Summe, wenn sie auch nicht in zweiter Instanz erhoben worden, zwar nicht verspätet, jedoch unbegründet erscheint, da der Gegenstand des Prozesses in einer Summe von 345 Thlr. 4 Sgr. 3 Pfg. besteht.

Zum vierten Cassationsmittel,
und zwar was 1) den Act vom 17. Februar 1845 betrifft:

Daß das Anerkenntniß eines Urtheils, sey es ausdrücklich ausgesprochen oder durch concludente Handlungen, wie hier durch freiwillige Zahlung der Kosten erklärt, nach den allgemeinen Grundsätzen über Verträge zu beurtheilen ist, mithin nur dann von rechtlicher Wirkung seyn kann, wenn der Partei die Befugniß zusteht, über den streitigen Gegenstand zu verfügen;

Daß solches in Bezug auf die persönliche Freiheit nach Art. 2063 des B. G. B. nur in einzelnen, besonders bestimmten Fällen gestattet ist, daher der Appellationshof diesen Artikel richtig angewandt hat, indem er die Wirkungen, welche das behauptete Anerkenntniß auf die Zulässigkeit der Opposition, zufolge Art. 158 und 159 der Pr. O., äußern konnte, von der Untersuchung abhängig machte, ob die Cassationsverklagte eine Handelsfrau gewesen (Art. 2066 des B. G. B. und Art. 3 Tit. 2 des Gesetzes vom 15. Germinal Jahres 6.);

Daß in dieser Hinsicht durch das Urtheil vom 6. Juli v. J. factisch namentlich mittelst Interpretation des Anerkenntnisses festgestellt worden, daß die Cassationsverklagte die Eigenschaft einer Handelsfrau im Sinne des Art. 5 des H. G. B. nicht gehabt habe;

Daß, was 2) die Peremtion des Contumazial-Urtheils betrifft, die Cassationsverklagte auf die Vorschrift des Art. 156 der Pr. O., wie in dem analogen Fall der Verjährung, verzichten und sich des Rechtsmittels der Opposition bedienen konnte, welcher der Cassationskläger die Einrede der Unannehmbarkeit aus dem Art. 156 nur dann mit Erfolg entgegengesetzt haben würde, wenn er nicht selbst das Contumazial-Urtheil als noch bestehend angenommen und durch den Zahlungsbefehl vom 8. Januar v. J. in Vollzug zu setzen versucht hätte:

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Einrede der Unannehmbarkeit sowie das Cassationsgesuch gegen das Urtheil des Kgl. A. G. H. zu Köln vom 6. Juli v. J. unter Verfälligung des Cassationsklägers in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 24. October 1847.

Ref. H. G. O. R. R. Frech. — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: Volkmar — Reusche.

Geistliche. — Zuwiderhandlung gegen die den Civilstand betreffenden Vorschriften. — Authorisation zur Einleitung eines Strafverfahrens.

Geistliche, welche der Vorschrift des Art. 199 des Str. G. B. zuwider eine kirchliche Trauung vollziehen, bevor der Nachweis der stattgehabten bürgerlichen Trauung beigebracht worden, begehen dadurch kein Amtsverbrechen. Es bedarf daher auch zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen dieselben nicht der Authorisation des Kgl. Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten.

Art. 199 des Str. G. B. — Ges. v. 29. März 1844.

Oeffentl. Ministerium — N. N.

In einer Stadt auf der linken Rheinseite wurde ein katholischer Pfarrer beschuldigt, ein Brautpaar kirchlich getraut zu haben, bevor die bürgerliche Trauung vor dem Civilstandsbeamten stattgefunden. Der Oberprocurator war der Ansicht, daß es zur Einleitung einer deßfallsigen Untersuchung einer Authorisation Seitens des Kgl. Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten nicht bedürfe. Auf den Vortrag des Instructionsrichters verordnete indeß die Rathskammer des betreffenden Landgerichts, welche eine solche Zuwiderhandlung als ein Dienstvergehen betrachtete, daß diese Authorisation eingeholt werden solle. Die hiegegen Seitens des öffentl. Ministeriums eingelegte Opposition wurde von dem Anklagesenate des A. G. H. aus folgenden Gründen verworfen:

J. E., daß wenn auch die in Gemäßheit des Concordats vom 26. Messidor J. 9 und der durch das Arrète vom 19. April 1802 (29. Germinal J. 10) publicirten Bulle vom 18. September 1801 von den Bischöfen allein zu ernennenden Pfarrgeistlichen nach den Grundsätzen des rheinischen Rechtes und als Diener der Kirche (Ministres du Culte) nicht aber als öffentliche im unmittelbaren oder mittelbaren Staatsdienste stehende Civilbeamten (fonctionaires publics) zu betrachten sind, und das Gesetz vom 29. März 1844 §. 1 allgemein nur auf die Beamten der letzterwähnten Cathegorie anwendbar erklärt ist, auch die Bestimmung des §. 96 Allg. L. R. 2. 11 in den diesseitigen rheinischen Provinzen nicht publicirt, mithin die Beurtheilung der Amtsqualität der unter dem Concordat angestellten Geistlichen nicht zu berücksichtigen ist, dennoch bei der Allgemeinheit der Fassung des §. 9. des Gesetzes vom 29. März 1844 und mit Rücksicht auf die im §. 1 vorgesehene Ausnahme angenommen werden muß; daß die Bestimmung über die Nothwendigkeit des Antrages des Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten zu den wegen Amtsvergehen wider Geistliche einzuleitenden Untersuchungen, sofern diese Amtsvergehen im bürgerlichen Gesetze mit Strafe bedroht sind, nicht bloß auf die im Allg. L. R. 2. 20. §§. 499—504 bezeichneten Amtsvergehen der unter der Herrschaft des Allg. Landrechts stehenden Geistlichen zu beschränken, sondern auch auf diejenigen geistlichen Verrichtungen zu beziehen sey, welche im Rh. Str. G. B. als Störung

der öffentlichen Ordnung durch die Diener der Religion (ministres du culte) bei ihren geistlichen Verrichtungen (dans l'exercice de leur Ministère) bezeichnet und von den eigentlichen Beamten-Vergehen der fonctionaires publics daus l'exercice de leurs fontions ausdrücklich unterschieden und in abgesonderten Abschnitten behandelt sind;

Daß daher die Opposition des öffentl. Ministeriums wider den Beschluß der Strafrathskammer des Kgl. Landgerichtes zu X. vom 22. Dezember 1845 als hinlänglich begründet nicht zu erachten ist.

Das öffentl. Ministerium bei dem Rh. A. G. H. hat den Cassations-Recurs rechtzeitig ergriffen und suchte auszuführen, daß die Frage: Ob der katholische Pfarrer ein Staatsbeamter sey? hier ganz unberührt bleiben könne, weil jedenfalls eine den Civilstand gefährdende Handlung eine Verletzung der Art. 199 und 200 des Rh. Str. G. B. im Sinne dieses Gesetzbuches ein gemeines Vergehen, und diesem auch durch neuere Gesetze ein anderer Charakter nicht beigelegt worden sey.

Der Rh. Revisions- und Cassationshof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß, abgesehen von der Frage, ob katholische Pfarrer der Rheinprovinz, nach Inhalt der dort geltenden Gesetze nur Diener eines Cultus oder auch zugleich Staatsbeamte sind? jedenfalls der Art. 199 Str. G. B. nur ihr Verhältniß als Diener eines Cultus berührt;

Daß die Zuwiderhandlungen gegen den Inhalt dieses Gesetzes den Character gemeiner Vergehungen haben, indem Niemand durch ein übertragenes Kirchenamt die Befugniß erlangt den Civilstand zu gefährden, Personen über die civilrechtlichen Folgen der Ehe, die eheliche Geburt erzeugter Kinder und Vermögensrechte in Irrthum zu führen, auch kein Gesetz die Ausführung richterlicher Gewalt und die Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung in dieser Beziehung von Ermächtigungen der Minister oder anderen Verwaltungsbehörden abhängig gemacht hat;

J. E., daß insbesondere das Gesetz vom 29. März 1844 §. 9 eine solche Beschränkung der richterlichen Gewalt keineswegs eingeführt hat, eben weil die That, deren der Cassationsverklagte beschuldigt wird, in keinerlei Unterstellung als ein Amtsvergehen anzusehen sein würde;

J. E., daß sonach der Rh. A. G. H. die Art. 1 und 8 der Str. Pr. O. verletzt und den Art. 9 des Gesetzes vom 29. März 1844 falsch angewendet hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Anklagesenats des Rh. A. G. H. vom 5. Januar d. J. und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen am Rande des cassirten;

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

nimmt der Hof die Opposition des öffentl. Ministeriums gegen den Beschluß der Rathskammer des Landgerichts zu X. vom 22. Dezember 1845 an, hebt denselben auf und verweiset die Sache an den Instructionsrichter zu X. zur Einleitung der beantragten Untersuchung zurück.

Sitzung vom 8. Juni 1846.

Ref. H. G. O. R. R. von Oppen. — Concl. H. G. A. Jähnigen.

Subsidiäre Gefängnißstrafe bei Kindern. — Haftbarkeit der Eltern für die den Kindern zu Last gelegten Kosten.

Die Bestimmung, daß in allen Fällen, wo es zweifelhaft ist, ob der zu einer Geldbuße Verurtheilte sie zu erlegen im Stande seyn wird, alternative Gefängnißstrafe erkannt werden soll, ist in Bezug auf Kinder nicht aufgehoben.

Allerh. Kab.-Ordre vom 18. September 1824.

Eltern sind für die Kosten, wozu ihre Kinder wegen Feldfrevels verurtheilt worden, auch alsdann bürgerlich und solidarisch verantwortlich, wenn auch ein sonstiger Anspruch auf Entschädigung gegen sie nicht erhoben wird.

Decret vom 18. Juni 1811. Art. 156. — Gesetz vom 28. September 1791. Tit. II. Art. 7.

Oeffentl. Ministerium — Odilia Schüller u. Cons.

1) Odilia Schüller, 14 Jahre alt, 2) Helena Schüller, 7 Jahre alt, 3) Maria Catharina Joussen, Wittwe Schüller, Mutter der beiden Erstern, sodann 4) Anna Maria Joussen, 12 Jahre alt, 5) Odilia Joussen, 10 Jahre alt, und 6) Peter Joussen, Vater der beiden Letztern, waren an das Polizeigericht zu Eschweiler geladen und zwar, die genannten vier Kinder unter der Beschuldigung, am 19. September 1846 im Hehlrather Felde Kartoffeln und Rüben entwendet zu haben, die Mutter und resp. der Vater um sich als bürgerlich verantwortlich verurtheilen zu hören. Das öffentl. Ministerium nahm hier auf Grund des Art. 34 Tit. II. des Gesetzes vom 28. September 1791 und Art. 156, Dekret vom 18. Juni 1811 den Antrag: die Kinder, ein Jedes, zu einer Geldbuße von 24 Sgr. und einer alternativen Gefängnißstrafe zu verurtheilen, die Eltern für ihre Kinder bürgerlich haftbar zu erklären und mit denselben solidarisch in die Kosten zu verurtheilen. — Das Polizeigericht deferirte jedoch durch sein Urtheil vom 3. Oktober 1846 diesem Antrage nur zum Theile, indem es zwar Jedes der Kinder zu einer Geldbuße von 24 Sgr., jedoch nur die 14jährige Odilia Schüller im Unvermögensfalle statt der Geldbuße zu einer Gefängnißstrafe von einem Tage verurtheilte, und sodann einem Jeden derselben nur den ratirlichen Theil der Kosten zu Last legte und die Eltern zur Zahlung dieser Kosten nicht für verpflichtet erklärte. Dieses Urtheil beruhete im Wesentlichen auf folgenden Gründen: Nach einem Ministerial-Rescripte vom 31. Mai 1834 solle bei Kindern die Verwandlung der Geldbuße in Gefängnißstrafe unterbleiben; was sodann die solidarische Haftbarkeit wegen der Kosten betreffe, so setze sowohl der Art. 156 Dekret vom 18. Juni 1811 als auch die Art. 161, 162 und 194 Str. Pr. O. voraus, daß gegen den civiliter in Anspruch Genommenen, wenn er in die Kosten verurtheilt werden solle, auch eine anderweitige Verurtheilung erfolgt sey, und daß daher die Verurtheilung in die Kosten nur eine Folge dieser anderweitigen Verurtheilung sey; eine solche Verurtheilung könne sich aber nach Art. 74 Str. G. B., Art. 1384 B. G. B. und Justiz-Ministerial-Rescript vom 7. April und 19. May 1838 nur auf eine zu

leistende Entschädigung erstrecken, welche jedoch in casu von Niemanden in Anspruch genommen werde; es sey daher auch unstatthaft, die Eltern als civilverantwortlich in die Kosten zu verurtheilen.

Gegen dieses Urtheil hat das öffentl. Ministerium aus dem Grunde das Cassationsgesuch angemeldet, 1) weil nicht gegen Helena Schüller, Anna Maria und Odilia Joussen eine Subsidiar-Gefängnißstrafe ausgesprochen, und 2) weil die mitvorgeladenen Wittwe Schüller und Peter Joussen nicht als bürgerlich verantwortlich erklärt und nicht mit den vier Beschuldigten solidarisch in die Kosten verurtheilt worden seyen.

Zur Rechtfertigung des Cassationsgesuches führt das öffentl. Ministerium Folgendes aus:

1) die Nichtverurtheilung der Kinder in eine subsidiarische Gefängnißstrafe motivirt der Richter dadurch, daß nach einem per currende seiner Zeit mitgetheilten Justizministerial-Rescripte vom 31. März 1834 eine solche Verwandlung der Geldbuße in Gefängnißstrafe bei Kindern dieses Alters (unter 16 Jahren) unterbleiben soll.

Dieses Justizministerial-Rescript ist bei anderen Gerichten nicht zur Anwendung gekommen, vielmehr hat man sich überall unbedingt nach der Allerh. Cab. Ord. vom 18. September 1824 geachtet, welche ausdrücklich eine alternative Verurtheilung zur Gefängnißstrafe nach dem im Landrechte angegebenen Maaßstabe für alle Fälle des Zahlungsunvermögens anordnet. Würde das fragliche Ministerial-Rescript als gesetzändernd wirklich anzusehen seyn, (was nach der Allerh. Kab. Ord. vom 4. Juli 1832 nicht seyn kann) und weder primitive noch Subsidiar-Gefängnißstrafe gegen Individuen unter 16 Jahren ausgesprochen werden dürfen, so würden, nachdem der Art. 467 des Str. G. B. aufgehoben ist, alle Urtheile gegen solche jugendliche Personen, mit sehr geringer Ausnahme eludirt und vergeblich seyn, es würde alle Strafjustiz für dieselben aufhören, das Gericht würde für sie nur noch ein Popanz und eine Verurtheilung eine Lächerlichkeit seyn.

2) Gegen die Nichtverurtheilung der Eltern der Kinder als civilhaftbar in die Kosten wird bemerkt: daß die angeführten Gesetzesstellen die Richtigkeit der Ansicht des Richters nicht beweisen, daß der Art. 156 des Dekrets vom 18. Juni 1811 ausdrücklich bestimmt, daß die für das Vergehen bürgerlich verantwortlichen Personen in allen Proceduren mit den Urhebern der verpönten That solidarisch in die Kosten zu verurtheilen sind, daß die Verurtheilung in die Prozeßkosten bei Vergehen nicht selbstständiger Individuen als eine Verurtheilung zu einer Geldzahlung anzusehen ist, wofür die nach dem Art. 1384 des B. G. B. civilhaftbaren Personen, wie für jeden anderen verursachten Schaden aufzukommen haben, und daß die von dem Polizeirichter angeführten Rescripte vom 7. April 1838 und 19. Mai 1838 nach der Mittheilung des General-Prokurators d. d. Köln den 11. Februar 1839 bezüglich der Untersuchungskosten zurückgenommen sind.

Urtheil:

I. E., daß das Polizeigericht, indem es gegen die unter Ziffer 2, 4 und 5 bezeichneten Cassationsverklagten für deren Unvermögensfall nicht auf eine Gefängnißstrafe erkannte, offenbar die durch kein Gesetz abgerufene Allerh. Kab. Ord. vom 18. September 1824 verletzt hat;

I. E., daß die Eltern für die Kosten, wozu ihre Kinder wegen

Feldfrevels verurtheilt worden, nach Art. 7 Tit. 2 des Feldpolizeigesetzes vom 28. September 1791 und Art. 156 des Dekretes vom 18. Juni 1811, bürgerlich und solidarisch verantwortlich sind;

Daß folglich das Polizeigericht durch Nichtverurtheilung der unter Ziffer 2, 4 und 5 bezeichneten Personen in eine eventuelle Gefängnißstrafe und durch Nichtverantwortlicherklärung der unter Ziffer 3 und 6 bezeichneten Cassationsverklagten jene Gesetze verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Kgl. Polizeigerichtes zu Eschweiler vom 3. Oktober v. J. insoweit dasselbe die unter Ziffer 2, 4 und 5 bezeichneten Cassationsverklagten nicht für den Unvermögensfall zu einer Gefängnißstrafe verurtheilt und die Vorgeladenen unter Ziffer 3 und 6 nicht für ihre bezüglichen Kinder bürgerlich verantwortlich erklärt hat; verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten und verurtheilt die Cassationsverklagten zu den Kosten;

Und indem er in der Sache erkennt: verurtheilt der Kgl. Revisions- und Cassationshof mittels Anwendung der Allerh. Kab. Ord. vom 18. September 1824, des Art. 7 Tit. 2 des Feldpolizeigesetzes vom 28. September 1791 und des Art. 156 des Dekretes vom 18. Juni 1811, welche also lauten: u. s. w.

Die Helena Schüller, Anna Maria und Odilia Joussen jede für den Unvermögensfall zu einer Gefängnißstrafe von 24 Stunden, und verurtheilt die Beschuldigten zu den Kosten; erklärt sodann die Maria Katharina Joussen, Wittwe Nicolas Schüller, und Peter Joussen für die Kosten, wozu ihre bezüglichen Kinder verurtheilt worden, bürgerlich verantwortlich.

Sitzung vom 25. Januar 1847.

Ref. H. G. O. R. R. Esser. — Concl. H. G. P. Jähnigen.

Res judicata. — Antichretischer Vertrag. — Clausel in Bezug auf das Recht des einfachen Verkaufs vor Notar bei mangelnder Rückzahlung der Pfandschuld zur bestimmten Zeit.

Wenn ein Urtheil erster Instanz eine dingliche Klage völlig abweist, weil es eine derselben entgegengesetzte Einrede für begründet hält, alsdann aber ein Urtheil zweiter Instanz in den Motiven diese Entscheidung mißbilligt, jedoch, aus andern Gründen, die Klage angebrachtermaßen abweist, ohne in dem Dispositive jene Einrede ausdrücklich zu verwerfen, so ist hierdurch über die letztere nicht rechtskräftig entschieden und es kann daher dieses Urtheil als res judicata über den Werth jener Einrede in einem andern, einen persönlichen Anspruch betreffenden Rechtsstreite nicht angesehen werden.

Die Bestimmung in einem antichretischen Pfandvertrage, daß der Pfandgläubiger ermächtigt seyn solle, im Falle nicht erfolgender Rückzahlung des erhaltenen Darlehens binnen der festgestellten Frist die zum Unterpfande gestellten Grundstücke nach einfacher Bekanntmachung öffentlich vor Notar versteigern zu lassen, verstößt weder gegen ein Gesetz, noch gegen die öffentliche Ordnung oder die Moral, und ist daher gültig und rechtsverbindlich.

Schmitz u. Cons. — Schramm u. Cons.

Nachdem durch das in dieser Sache bereits ergangene (Arch. 40. 2. 41 flg. mitgetheilte) Urtheil des Revisions- und Cassations-Hofes vom 18. Mai 1846, worauf hier bezüglich des Thatsächlichen hinverwiesen wird, der vorliegende Rechtsstreit in die Lage zurückgebracht worden, in welchem er sich bei Einlegung der Berufung gegen das Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 29. Januar 1844 *) befunden hatte, kamen die Appellaten, Erben Schmitz, bei der erneuerten Verhandlung vor dem A. G. H., wohin die Sache durch das erwähnte Urtheil des Revisions- und Cassations-Hofes zurückverwiesen worden war, wieder auf ihre frühere Einreden und zwar namentlich auf die zurück:

> Die Stipulation in dem Notarial-Acte vom 4. November 1808, daß, wenn die Rückzahlung der Schuldsumme von 4525 Fr. 25 Cent. innerhalb der festgesetzten Frist von 5 Jahren nicht erfolge, dem Gläubiger gestattet seyn solle, die in Antichrese gegebenen Realitäten durch einen Notar ohne andere Förmlichkeiten, als die einer einfachen Bekanntmachung versteigern zu lassen, sey eine gesetzlich durchaus gültige, es sey daher auch durch die auf diese Weise bewirkte Versteigerung vom 23. März 1816 das Eigenthum an den fraglichen Grundstücken auf ihren Autor, Nicolas Schmitz, rechtsgültig übertragen worden.

Der A. G. H. entschied jedoch in seinem hierauf erlassenen Urtheile vom 4. März 1847, daß das Landgericht in seinem Urtheile vom 29. Januar 1844 mit Recht angenommen habe, daß über diese Einrede bereits res judicata in den frühern Urtheilen des Landgerichts vom 10. Juni 1839 und des A. G. H. vom 3. Januar 1842 vorhanden sey. Die desfallsigen Motive des Urtheils des A. G. H. vom 4. März 1847 lauten, soweit sie hier von Wichtigkeit scheinen, wie folgt:

I. E., daß der A. G. H. jene Einrede, gleichwie der erste Richter, vorab zur Prüfung gezogen hat, weil ihre Begründung das Eingehen auf die Sache selbst überflüssig gemacht haben würde;

Daß der Richter erster Instanz solche für begründet angenommen und demgemäß die Klage abgewiesen hat;

Daß der A. G. H. das deßfallsige Urtheil nothwendigerweise hätte bestätigen müssen, wenn er der Ansicht des ersten Richters gewesen wäre;

---

*) Bd. 40. 2. 45 ist dieses Urtheil irrthümlich als vom 1. Januar 1844 bezeichnet worden.

Daß derselbe aber in den Motiven seines Erkenntnisses*) gerade die entgegengesetzte Ansicht begründet und demgemäß das angegriffene Urtheil, insoweit es den Kläger mit der angestellten Klage völlig abgewiesen, reformirt hat;

Daß, wenn nun aber die völlige Abweisung der Klage in dem angegriffenen Urtheile nur auf Grund der fraglichen Einrede erfolgt ist, es einem gegründeten Zweifel nicht unterliegen kann, daß das Urtheil zweiter Instanz zum Nachtheile der Appellaten über diese Einrede rechtskräftig entschieden hat, obgleich solche in dem dispositiven Theile des Urtheils nicht speziell als unbegründet verworfen ist.

Somit wurde, da auch die übrigen hier nicht näher berührten Einreden von dem A. G. H. verworfen wurden, in dem Dispositive seines Urtheils, das Seitens der Appellanten gemachte reelle Anerbieten im Betrage von 2634 Fr. 94 Cent. für gut und gültig erklärt, die Deposition dieses Geldes in gesetzlich vorgeschriebener Weise verordnet und die weitere Entscheidung in der Hauptsache, sowie über den Kostenpunkt vorbehalten.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Erben Schmitz den Cassationsrecurs, welchen sie namentlich in Bezug auf die von dem A. G. G. angenommene res judicata hinsichtlich der oben erwähnten Einrede auf eine Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 544, 1122, 1134, 1351, 2078, 2088 des B. G. B. und der Art. 746, 747 der B. P. O. gründeten.

Ihr Anwalt führte zu diesem Zwecke aus, von den Cassationsklägern sey fortwährend behauptet worden, und werde auch gegenwärtig noch behauptet, daß die im Jahre 1808 gegebene notarielle Ermächtigung zum Verkaufe eine gültige sey. Der zweite Richter sey jedoch in dem jetzt angegriffenen Urtheile davon ausgegangen, daß diese Behauptung bereits durch sein Urtheil vom 3. Januar 1842 rechtskräftig verworfen worden sey und solle dies aus Folgendem hervorgehen. Das Landgericht, heiße es nämlich in dem angegriffenen Urtheile, habe durch sein Erkenntniß vom 10. Juni 1839, die Klage aus dem Grunde pure abgewiesen, weil es die Ermächtigung zum Verkaufe für gültig gehalten habe. Wäre der A. H. der nämlichen Ansicht gewesen, so habe er jenes Urtheil bestätigen müssen; dies sey jedoch nicht geschehen, vielmehr sei der Hof in den Motiven seines Urtheils vom Jahre 1842 dieser Ansicht gerade entgegen getreten. Wenn daher auch in dem dispositiven Theile des Urtheils die erwähnte Behauptung nicht speciell als unbegründet verworfen worden sey, so sey dennoch hierüber durch jenes Urtheil zu ihrem (der Cassationskläger) Nachtheil entschieden worden. Hiergegen müsse aber bemerkt werden, daß das angegriffene Urtheil einen Irrthum enthalte, wenn es annehme, die Klage sey früher nur um deswillen angebrachtermaßen vom Appellhofe abgewiesen worden, weil die vorangeführte Behauptung nicht für begründet erachtet worden sey. In dem früheren Urtheile heiße es vielmehr wörtlich: die völlige Abweisung der Klage sey blos aus dem Grunde nicht erfolgt, weil sie, die jetzigen Cassationsverklagten, in Ansehung der Eigenschaft der Grundstücke als Sondergut ihrer Mutter als beweisfällig noch nicht angesehen werden könnten. Dem möge aber seyn, wie ihm wolle, in keinem Falle fuhr der Anwalt der Cassationskläger

*) cf. l. c. S. 42 i. f.

fort, könne zugegeben werden, daß eine blos in den Erwägungsgründen enthaltene Mißbilligung einer Behauptung in Rechtskraft übergehe. Es sey ein alter Satz, der philosophisch und rechtshistorisch begründet sey, daß nur die res judicata, die Urtheilsformel, nicht aber die Mittel und Wege, durch welche und auf denen sie gefunden worden, rechtskräftig würden. — Die ganze Regel: Res judicata pro veritate habetur, möge wohl nicht so sehr in der Natur der Sache, als in dem positiven Rechte beruhen, welches da wolle, daß die Streitigkeiten unter den Parteien endlich einmal beendigt würden. Gerade dies habe die ausgezeichnetesten Theoretiker zu der Behauptung veranlaßt, der mit Unrecht absolvirte Schuldner bleibe naturaliter verpflichtet, und könne daher keine condictio indebiti anstellen. Ohne Zweifel sey es aber die kurze und einfache Urtheilsformel, wodurch die Sache ein für allemal abgethan werde. Die Richtigkeit des Satzes werde sich in seiner Anwendung auf einen practischen Fall zeigen. Wenn nämlich ein Richter sämmtliche vom Verklagten vorgebrachten Einreden für unerheblich erklärend, die exceptio praescriptionis gegen die Vorschrift des Art. 2223 des B. G. B. von Amtswegen aufgreife, und auf den Grund derselben die Klage abweise, so werde der Verklagte nach der Ansicht des zweiten Richters um die Rechtskraft der Gründe des Urtheils zu verhüten, appelliren müssen, obschon ihm offenbar der Rechtssatz point d'intérêt, point d'action entgegenstehe. Der jetzt vorliegende Fall sey ganz der nämliche. Von den Cassationsklägern habe gegen das frühere Urtheil des Hofes kein Rechtsmittel eingelegt werden können, weil sie hierdurch in keiner Weise gravirt worden. Von beiden Richtern sey die gegen dieselben angestellte rei vindicatio, pure abgewiesen worden; der zweite Richter habe aber außerdem erklärt, es werde vielleicht gegen dieselben eine Contractsklage zu begründen seyn. Dies habe aber die Cassationskläger sowenig kümmern können, als alle die Klagen, die ihnen möglicher Weise noch hätten bevorstehen können. Hiernach sey es aber unstreitig eine Verletzung des Art. 1351 des B. G. B., sowie der Bestimmungen des römischen Rechts l. 7. 12, 13 et 14 dig. de except. rei judicatae, wenn die Motive, die bei der rei vindicatio gebraucht worden, bei der Contractsklage als rechtskräftig geltend gemacht worden. Es sey gegenwärtig fast keine von allen Bedingungen vorhanden, welche die res judicata voraussetze. Nur in dem einzigen Falle, der aber hier nicht vorliege, könne auf die Entscheidungsgründe zurückgegangen werden, wenn tenor sententiae unklar sey. Zur Begründung seiner Behauptungen bezog sich sodann der Anwalt auf die Allg.-Gerichts-Ordnung, Tit. 15, Theil 1, §. 22, sowie mehrere Urtheile des Pariser Cassationshofes und hiesiger Stelle. Es könne nach allem dem nur darauf ankommen, sagte derselbe weiter, ob der Appellationshof in dem jetzt angegriffenen Urtheile jene Ermächtigung zum Verkaufe nach Art. 2078 und 2088 des B. G. B. mit Recht für ungültig erklärt habe. Daß aber diese Ansicht die Art. 544 und 1134 des B. G. B. und die Art. 746 und 747 der B. P. O. verletze und die eben angeführten Art. 2078 und 2088 des B. G. B. falsch anwende, stehe gegenwärtig durch eine constante Praxis der Art fest, daß dies weiter auszuführen nichts anders heißen könne, als unnöthige Rollen machen. Auf mehrere Rechtslehrer Zachariae, Troplong, Duvergier, zugleich auf Urtheile des Pariser Cassationshofes, sowie auf ein Urtheil hiesiger Stelle vom 23. October 1843 sich beziehend, schloß der Anwalt mit der Bemerkung, daß, wenn die Ansteigerung vom Jahre 1816 ein vollgültiges Ei-

genthum auf die Cassationskläger übertragen habe, das angefochtene Urtheil nothwendig zu cassiren sey.

Der Anwalt der Cassationsverklagten erwiderte auf dieses Cassationsmittel, das Urtheil vom 3. Juni 1842 habe erkannt, daß die Versteigerung vom 23. März 1816 ungültig sey, und auf dieselbe eine Acquisitiv-Verjährung nicht habe gestützt werden können; dies habe der Appellationshof als den Sinn jenes früheren Antheils factisch angenommen. Alles dasjenige, was nunmehr von den Cassationsklägern über die Rechtskraft von Urtheilen und deren Ausdehnung auf die Erwägungsgründe gesagt werde, sey hierdurch beseitigt. Die jetzigen Parteien seyen übrigens die nämlichen wie im Jahre 1842 auch liege derselbe Streitgegenstand wie früher, vor, und Sinn und Inhalt eines Urtheils seyen nur aus seinen Motiven zu ergänzen und aus diesen überzeugend darzustellen. Das erste Cassationsmittel zerfalle daher in sich.

Urtheil:

Auf das I. Cassationsmittel:

J. E., daß die jetzigen Cassationskläger im Jahre 1838 mittelst der Eigenthumsklage auf Herausgabe zweier, angeblich unbefugter Weise von ihnen besessenen, Grundstücke belangt worden sind;

Daß die im Jahre 1843 gegen die nämlichen eingeleitete Klage eine blos persönliche ist, gegründet auf den am 4. November 1808 abgeschlossenen antichretischen Pfandvertrag und dahin gerichtet, die in die Rechte des Pfandgläubigers subrogirten Verklagten dem erwähnten Vertrage gemäß zu Retradition der Pfandstücke zu verurtheilen, daß Natur und Begründung beider Klagen offenbar verschieden sind; daß wenn daher der Rh. A. H. auf die erste Klage erkennend, in den Motiven seines rechtskräftigen Urtheiles vom 3. Januar 1842 den von den Verklagten als Einrede geltend gemachten Ankauf der fraglichen Grundstücke durch ihren Author, Nikolas Schmitz, sowie die dem Pfandgläubiger zur Versteigerung derselben ertheilte Ermächtigung für ungültig erachtet hat, solches in dem gegenwärtigen Prozesse um so weniger als rechtskräftig feststehend angesehen werden kann, als in dem dispositiven Theile desselben Urtheils die damals erhobene Klage in der Art, wie sie angestellt worden, abgewiesen worden ist;

Daß nun, wie in facto nicht bestritten ist, die Eheleute Schramm in dem eben erwähnten Pfandvertrage ihrem Gläubiger Henser die Ermächtigung ertheilt haben, für den Fall der binnen der festgestellten Frist nicht erfolgenden Rückzahlung des erhaltenen Darlehns die zum Unterpfand gestellten Grundstücke nach einfacher Aufforderung öffentlich vor Notar versteigern zu lassen;

Daß es dem Eigenthümer nach Art. 544 des B. G. B. frei steht, über sein Eigenthum nach Gutdünken zu disponiren, insofern hierdurch weder gesetzliche Vorschriften noch die öffentliche Ordnung oder gute Sitten verletzt werden, unter derselben Voraussetzung auch, wie Art. 1134 des nämlichen Gesetzbuches bestimmt, unter den Contrahenten und deren Erben die geschlossenen Verträge als Gesetze gelten;

Daß die vorgedachte Ermächtigung gegen keine gesetzliche Bestimmung, namentlich auch nicht gegen die den gegenwärtigen Fall nicht begreifenden Verbote der Art. 2078 und 2088 des B. G. B. verstößt, daß hierin eben sowenig eine ungerechte Bedrückung des Schuldners oder eine Verletzung der öffentlichen Ordnung und Moral gefunden werden kann;

Daß das dem Gläubiger Henser vertragsmäßig zustehende Recht nicht allein gegen die Schuldner, Eheleute Schramm, sondern auch gegen deren Erben geltend gemacht werden konnte, und die Minderjährigkeit der Letzteren der Ausübung jenes Rechtes in keinem Falle entgegenstand;

Daß auf den Grund der besagten Ermächtigung, wie ferner thatsächlich feststeht, am 23. März 1816 auf Anstehen des nicht völlig befriedigten Gläubigers Henser die Versteigerung der Pfandstücke vor Notar zu Heilenbach Statt gefunden hat, und zwar nach vorläufig in Heilenbach selbst sowohl, als in den benachbarten Gemeinden geschehener Bekanntmachung, sowie nach vorhergegangener Benachrichtigung des Schuldners; daß der Author der jetzigen Cassationskläger durch Ansteigerung zweier jener Grundstücke unstreitig rechtmäßiger Eigenthümer derselben geworden ist, und demzufolge die jetzigen Cassationskläger allerdings befugt waren, der gegen sie auf Retradition der Grundstücke angestellten Klage den besagten Erwerb als Einrede entgegenzustellen;

Daß der Rh. A. H., indem er in dem jetzt angegriffenen Urtheile vom 4. März 1847 diese Einrede verworfen, und die Ungültigkeit des Ankaufs, als in Folge seiner früheren Entscheidung rechtskräftig feststehend angenommen, die angeführten Art. 544 und 1134, sowie auch Art. 1351 des B. G. B., betreffend die Rechtskraft der Urtheile, verletzt hat; daß es hiernach aber auf Prüfnng der weiter noch gegen das besagte Urtheil geltend gemachten Cassationsmittel nicht ankommen kann;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Rh. A. G. H. vom 4. März 1847, verurtheilt die Cassationsverklagten in die Kosten u. s. w.

Und, indem er in Folge der ausgesprochenen Cassation an die Stelle des A. G. H. tretend, in der Sache selbst erkennt;

J. E., daß durch die am 23. März 1816 stattgehabte Ansteigerung der zwei jetzt in Frage stehenden Grundstücke der Author der Appellaten, Nikolas Schmitz, keinesweges in die Rechte des antichretischen Gläubigers Henser getreten, sondern, wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergiebt, das Eigenthum jener Grundstücke erworben hat; daß aus dem antichretischen Pfandvertrage vom Jahre 1808, mithin in keinem Falle Ansprüche gegen die Appellaten hergeleitet werden konnten, die auf den Grund jenes Vertrages gegen dieselben auf Retradition der fraglichen Realitäten eingeleitete Klage sich vielmehr als ungegründet darstellt;

Daß das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 29. Januar 1844, wodurch die Klage zurückgewiesen worden, diesemnach nothwendig zu bestätigen ist, jedoch aus andern, als den in jenem Urtheile enthaltenen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Trier vom 29. Januar 1844 eingelegte Berufung unter Verurtheilung der Appellanten in Strafe, sowie in die Kosten, auch die durch das Urtheil vom 27. März 1847 reservirten.

Sitzung vom 14. Februar 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Brewer. — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: Volkmar — Deycks.

Brodtaxe. — Brodgewicht.

Wenn an einem Orte in Gemäßheit der §§. 89 u. 90 der allg. Gewerbe-Ord. vom 17. Januar 1845 eine bestimmte Brodtaxe für ein bestimmtes Brodgewicht besteht, so genügt es nicht, daß dieses Gewicht nur gleich nach dem Backen vorhanden ist, sondern es muß dasselbe im Augenblicke des, wenn auch mehrere Tage später, erfolgten Verkaufes gewährt werden.

Oeffentl. Ministerium — Reiffen u. Cons.

Albert Reiffen und vier andere Bäcker zu Lennep wurden beschuldigt: am 20. August v. J. in ihren Läden zu leichtes Weiß- und Schwarzbrod gehabt zu haben.

Vor das Polizeigericht zu Lennep geladen behaupteten sie, daß das Brod an jenem Tage schon mehrere Tage gebacken gewesen und daher leichter geworden sey und trugen auf Freisprechung an; wohingegen der Antrag des öffentl. Ministeriums auf Bestrafung gieng.

Durch Urtheil vom 11. October v. J. wurden die Beschuldigten aus folgenden Gründen freigesprochen:

J. E., daß nach der Erklärung der Beschuldigten und den Angaben der bei der Revision vom 13. August d. J. zugegen gewesenen Beamten feststeht, daß das fragliche Weißbrod bei den zwei ersten Beschuldigten um $1^1/_2$, resp. $2^1/_2$ Loth, und das fragliche Schwarzbrod bei den letzten Beschuldigten um mehrere Loth weniger als das bestimmte Gewicht gewogen haben; daß dagegen nach den Angaben eben dieser Beamten die Einrede der Beschuldigten, daß dieses zu leicht befundene Brod erst einige Zeit nach dem Backen desselben gewogen wurde, als erwiesen anzusehen ist;

J. E., daß eine Revision, wodurch das bestimmte polizeiliche Gewicht des Brodes constatirt wird, nur an dem Tage erfolgen kann, an welchem dasselbe gebacken worden; daß bei der Annahme des Gegentheils jede Revision leicht vereitelt würde, indem jeder Bäcker seinem Interesse gemäß das Brod, sobald es gebacken, zu verwehrten bemüht ist, daß überdieß der Bäcker nicht verpflichtet ist, den Verkauf seines Brodes so lange zu verschieben, bis eine Revision erfolgt ist, und er endlich für den Fall, daß es mehrere Tage liegen würde, in welcher Zeit es seiner Natur nach an Gewicht verliert, genöthigt wäre, es um einige Loth schwerer als das bestimmte Gewicht zu backen, damit alsdann bei etwa vorkommender Revision das volle Gewicht noch vorhanden sey, eine Bestimmung, welche in keinem Gesetz enthalten, aber auch dem Interesse der Gewerbetreibenden in hohem Grade zuwiderlaufen würde; daß hiernach vielmehr die Einrede der Beschuldigten als gegründet anzunehmen, und dieselben von der gegen sie erhobenen Anschuldigung freizusprechen sind. 2c.

Zur Rechtfertigung des von dem öffent. Ministerium gegen dieses Urtheil rechtzeitig angemeldeten Cassationsgesuches wird von dem Ober-Procurator zu Elberfeld folgendes ausgeführt:

In der Stadt Lennep ist in Gemäßheit des §. 89 der Gewerbe-Ord. vom 17. Januar 1845 ausweise der Verfügung der Kgl. Regierung zu

Düsseldorf vom 1. Oktober 1846 mit Genehmigung der Ministerien eine polizeiliche Schwarzbrodtaxe auf ein Jahr beibehalten, auch dem §. 90 l. c. zufolge von der Ortspolizei-Obrigkeit verordnet worden, daß die Bäcker die Preise und das Gewicht ihrer verschiedenen Backwaaren durch einen Anschlag im Verkaufslokale zur Kenntniß des Publikums bringen sollen — Bekanntmachung vom 16. October 1846. — Bei einer am 13. August 1847 vorgenommenen Revision wurde bei den beiden ersten Cassationsverklagten das Weißbrod um $1\frac{1}{2}$ resp. $2\frac{1}{2}$; bei den drei letzten das Schwarzbrod um 8—9, 7 resp. 5—7 Loth leichter befunden, als die im Verkaufslocale angeheftete, resp. polizeilich festgesetzte Taxe besagte. Der Polizeirichter hat freigesprochen, „weil als erwiesen anzusehen sey, daß das Brod erst einige Zeit nach dem Backen gewogen worden sey". Dieser factisch als richtig anzunehmende Grund ist meines Erachtens nicht stichhaltig. Die Taxe für Schwarz- wie für Weißbrod enthält die Ankündigung, daß für einen bestimmten Preis ein bestimmtes Gewicht Brod feil gehalten werde; der Käufer kann und darf erwarten, daß dieses Gewicht ihm gewährt werde im Augenblicke des Kaufs und es muß für ihn höchst gleichgültig erscheinen, ob das Gewicht vielleicht früher vorübergehend einmal vorhanden gewesen und — durch Verdunsten eines wasserreichen Zusatzes — verschwunden sey. Die nothwendige Richtigkeit dieses Satzes tritt noch klarer hervor, wenn man auf die Möglichkeit einer amtlichen Kontrolle über Innehaltung der Taxe einen Blick wirft. Unmittelbar nach dem Backen ist für das Brod, namentlich für das Weißbrod, welches sofort zu den Kunden herumgetragen wird, eine Revision des Gewichtes unausführbar; später würde eine förmliche Stufenleiter für Gewichtsverminderung nach dem Alter des Gebäcks nach Stunden und Tagen erforderlich bleiben, für das maßgebende Alter aber das Wort des Bäckers allein die Richtschnur abgeben müssen.

Durch das freisprechende Urtheil ist demnach der §. 186 der Gewerbe-Ord. vom 17. Januar 1845 verletzt worden und geht mein Antrag dahin, dasselbe zu cassiren und jeden der Cassationsverklagten in eine angemessene Geldbuße, sowie in die Kosten zu verurtheilen.

Urtheil:

I. E., daß im August v. J., als die den Cassationsverklagten zur Last gelegten Thathandlungen begangen wurden, in der Gemeinde Lennep auf den Grund des §. 90 der Gewerbe-Ord. vom 17. Januar 1845 mittelst höherer Genehmigung eine Weiß- und Schwarzbrod-Taxe nach dem Gewichte festgestellt war;

Daß, indem nach dieser Lage die Controlle zum Zwecke des Verkaufs vollwichtiger Brode eingeführt werden sollte, es auch nur auf das Vollgewicht des Brodes zur Zeit des Verkaufes ankommen konnte;

Daß nun aber nach der thatsächlichen Feststellung in dem angegriffenen Urtheil die bei den Cassationsverklagten veridirten, zum Verkauf bestimmten Weiß- resp. Schwarzbrode an Gewicht zu leicht befunden worden;

Daß diese Thathandlungen durch den §. 186 der angeführten Gewerbe-Ord. verpönt sind; mithin das Polizeigericht durch Freisprechung der Cassationsverklagten diesen Paragraph verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Rev.- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Lennep vom 11. Octbr. v. J., verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen

Urtheils am Rande des cassirten und verurtheilt die Cassationsverklagten zu den Kosten.

Und, indem er in der Sache erkennt, erklärt der Kgl. Revisions- und Cassationshof die Beschuldigten für hinreichend überführt, im August v. J. zu Lennep, der damals dort gesetzmäßig bestandenen Brodtaxe zuwider, die zwei Ersten: zu leichtes Weißbrod, und die drei Letzten: zu leichtes Schwarzbrod zum Verkauf ausgestellt zu haben, und verurtheilt, mittelst Anwendung des § 186 der Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845, welcher also lautet:

> „Gewerbetreibende, welche die von der Obrigkeit vorgeschriebenen oder genehmigten Taxen überschreiten, haben Geldbuße bis zu 50 Thlr. oder im Unvermögensfalle verhältnißmäßige Gefängnißstrafe verwirkt."
>
> „Machen sie nach vorgängiger zweimaliger Verurtheilung wegen solcher Vergehen sich eines Vergehens dieser Art von Neuem schuldig, so kann zugleich auf den Verlust der Befugniß zur selbstständigen Betreibung ihres Gewerbes für immer oder auf Zeit erkannt werden."

jeden derselben zu einer Geldbuße von 1 Thlr., im Unvermögensfalle zu einer Gefängnißstrafe von 24 Stunden, und zu den Kosten.

Sitzung vom 6. März 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Esser. — Concl. H. G.-P. Jähnigen.

Ehescheidung. — Bestimmung des Wohnortes für die Ehefrau während der Dauer des Ehescheidungsprozesses.

Das Landgericht, welches einen Wohnort für die Ehefrau während der Dauer des Ehescheidungsprozesses bestimmen soll, hat hiebei vorzugsweise den Bezirk seines Gerichts zu berücksichtigen. *)

Der A. G. H. kann in dem gleichen Falle in zweiter Instanz die Auswahl dieser Wohnung nicht dem Ermessen des Landgerichts-Präsidenten oder dessen Stellvertreters anheimgeben; er muß vielmehr die desfallsige Entscheidung selbst treffen.

v. Hatzfeldt — v. Hatzfeldt.

In dem von dem Grafen Edmund v. Hatzfeldt gegen seine Gemahlin eingeleiteten Ehescheidungsprozesse brachte die Letztere als die ihr während des Prozesses zu bestimmende Wohnung das Haus Isemburg bei Mühlheim a/Rh. oder die sogenannte Redoute zu Godesberg, der Graf selbst aber ein in der Stadt Düsseldorf gelegenes Haus des Steuerrendanten Lücker in Vorschlag. Durch Urtheil vom 14. Juli 1847 bestimmte hierauf

*) Dieser Satz ist jedoch nur in dem unten angeführten Urtheile des A. G. H. ausgesprochen.

das Landgericht zu Düsseldorf unter mehrern andern hier nicht weiter zu berührenden Verfügungen den Rittersitz Isemburg zur Wohnung der Gräfin, indem es in dieser Beziehung erwog, daß es unter den obwaltenden Umständen nicht passend erscheine, der Ehescheidungsverklagten eine Wohnung in der Stadt Düsseldorf anzuweisen, daß mit besonderer Rücksicht hierauf der Rittersitz Isemburg den Vorzug verdiene und die hiegegen gemachte Einwendung, daß derselbe nicht im Bezirke des Landgerichts Düsseldorf gelegen sey, sich auf kein Gesetz stütze, die andere Einwendung aber, daß die Anwesenheit der Verklagten daselbst nicht controllirt werden könne, bei der Leichtigkeit der Communication durch die Eisenbahn factisch unbegründet sey.

Gegen dieses Urtheil legte der Graf die Haupt- und die Gräfin die Incidentberufung ein, und während Ersterer hinsichtlich der der Gräfin anzuweisenden Wohnung seinen früheren Antrag wiederholte, trug letztere nunmehr dahin an, ihr statt des von dem ersten Richter angewiesenen Rittersitzes Isemburg das Pfeiffer'sche oder das Du Mont'sche Haus zu Köln als provisorische Wohnung anzuweisen.

Der A. G. H. erkannte über diesen Punkt, wie folgt:

J. E., daß bei der Wohnungsanweisung der Appellatin vorzugsweise der Bezirk des Gerichtes, welches nach Art. 268 des B. G. B. die Wohnung bestimmen soll, berücksichtigt werden muß, theils weil die persönliche Kenntniß des Richters dort die geeigneteste Wahl zuläßt, theils weil gerade in diesem Bezirke die Verpflichtung der Frau, in dem angewiesenen Hause sich aufzuhalten, am besten überwacht werden kann;

Daß die Appellatin auch keine besonderen Gründe vorgebracht hat, welche eine Abweichung von diesen Rücksichten veranlassen und ihren jetzigen Antrag auf eine Wohnungsanweisung in Köln rechtfertigen könnten;

Daß endlich diejenige Bestimmung des angegriffenen Urtheils, wodurch der Appellatin für ihre häusliche Einrichtung 4000 Thlr. zuerkannt worden, weder für die eine noch andere Partei beschwerend ist: u. s. w. verordnet, daß die Appellatin während der Dauer des Ehescheidungsprozesses diejenige Wohnung zu beziehen habe, welche ihr der hierzu beauftragte Präsident des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf oder dessen Stellvertreter im dortigen Landgerichtsbezirk Düsseldorf anweisen wird u. s. w.

Gegen dieses Urtheil legte die Gräfin v. Hatzfeldt den Cassationsrecurs ein, welchen ihr Anwalt, soviel den hier berührten Punkt betrifft, im Wesentlichen durch folgende Ausführung zu rechtfertigen suchte:

Der A. G. H. habe, indem er statt den Streit selbst zu schlichten, hierzu eine dritte Person delegirt, die altrömische Licentia judicem dandi litigantibus ausgeübt. Niemand könne aber nach dem allegirten Artikel des Gesetzes vom Jahre 1790 seinem natürlichen Richter entzogen werden. Alle Gerichtsbarkeit gehe vom Könige aus, die Richter seien nur Verwalter derselben, seyen zum persönlichen Handeln und Entscheiden beauftragt, aber nicht befugt, ihre Jurisdiction auf andere zu übertragen. Bei der Klage auf séparation de corps sey zwar durch Art. 878 der B. P. O. der Präsident des Landgerichtes ermächtigt worden, die provisorische Wohnung der Frau zu bestimmen, dies sey aber nicht Rechtens in einem Ehescheidungs-Prozesse. Nach Art. 881 der Pr. O. und Art. 268 des B. G. B. sey in dieser Hinsicht nur ein Collegium, in erster Instanz also eine Kammer des Landgerichtes und in zweiter ein

Senat des A. G. H., als competent anzusehen. — Von einem einzelnen Prozeßacte, einer Vernehmung von Zeugen, einer Eidesabnahme ꝛc. handle es sich hier nicht. Der Ausspruch, wozu der Landgerichts-Präsident committirt worden, sey eine wahre Streitentscheidung, durch diesen erst werde finis causae herbeigeführt. Das Urtheil des A. G. H. sey kein Endurtheil, könne nicht vollstreckt werden, bis der Spruch des Commissars hinzutrete. Die Frage, in welches Haus die Frau sich zurückzuziehen habe, sei nach der Fassung des Art. 268 gerade so zu betrachten wie die, welche Summe derselben für ihren Unterhalt bewilligt werden solle. Sowie diese letzte, könne auch die erste nicht durch eine committirte Person entschieden werden. Für die Cassationsklägerin sey es auch keineswegs gleichgültig, ob die Entscheidung von einem Einzelnen oder einem Collegium ausgehe. Sey eine Delegation zulässig, so sey auch eine Subdelegation gestattet, die sodann auch an einen Friedensrichter ergehen könne. Offenbar habe der A. G. H. seine Befugnisse durchbrochen, und gethan was ihm zu thun nicht gestattet, er habe seine Macht überschritten.

Der Anwalt der Cassationsklägerin wiederholte demnach den in der zweiten Instanz genommenen Antrag, derselben das zu Köln am Apostelkloster gelegene, der Frau Du Mont zugehörige Haus als Wohnung während des Ehescheidungsprozesses anzuweisen.

Der Anwalt des Cassationsverklagten erwiderte hierauf:

Es sey allerdings an dem, daß Art. 268 die Bezeichnung des von der Frau während des Ehescheidungsprozesses zu bewohnenden Hauses an das Tribunal, und nicht an den Präsidenten desselben gewiesen habe, wie letzteres durch Art. 878 der B. P. O. bei einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett geschehen sey. Allein der Vorwurf einer Verletzung jenes Artikels sey dennoch nicht gegründet. Art. 268 setze nämlich ein Verfahren vor dem Richter erster Instanz voraus, der mit den Verhältnissen des Ortes und der Parteien bekannt, die Auswahl des Hauses mit Sachkenntniß treffen könne. In zweiter Instanz gestalte sich die Sache anders. Die Schwierigkeit einer angemessenen Wahl mehre sich noch für den Appellrichter, wenn die Parteien, wie im vorliegenden Falle unterlassen, bestimmte Anträge und motivirte Vorschläge zu machen. Die Streitfrage vor dem Appellhofe sey gewesen, ob der Cassationsklägerin die provisorische Wohnung in Köln oder in dem Bezirke des Landgerichtes Düsseldorf anzuweisen sey. Nachdem der Appellhof diese entschieden, habe er zum Zwecke der näheren Ausführung seines Urtheiles den Landgerichts-Präsidenten zu Düsseldorf mit der speziellen Bezeichnung des Hauses beauftragt, was der Lage der Sache und Art. 1035 der B. P. O. ganz entsprechend gewesen sey. Die Cassationsklägerin sey hierbei ihrem natürlichen Richter nicht entzogen worden, auch sey dem Landgerichts-Präsidenten keine Art der Jurisdiction, sondern nur eine, die Vollstreckung des Urtheiles bezweckende Maßregel aufgetragen worden. Aus guten Gründen, die im Wege des Cassations-Recurses nicht anzufechten, habe der Appellhof entschieden, daß die Cassationsklägerin während des Ehescheidungs-Prozesses im Landgerichtsbezirke Düsseldorf ihren Aufenthalt nehmen müsse. Hierbei müsse es unabänderlich verbleiben.

Urtheil:

Auf das zweite Cassationsmittel:

Daß der A. G. H. aus thatsächlichen Gründen, die einer weiteren

Prüfung im gegenwärtigem Verfahren nicht unterliegen, entschieden hat, daß die Cassationsklägerin während der Dauer des Ehescheidungs-Prozesses nicht in Köln, sondern in dem Bezirke des Landgerichtes zu Düsseldorf ihren Wohnort zu nehmen habe;

Daß es hiernach, gemäß Art. 268 des B. G. B. und Art. 881 der B. P. O. an dem A. G. H. war, die von der Cassationsklägerin in dem genannten Bezirke zu beziehende Wohnung zu bestimmen;

Daß diese Bezeichnung des Wohnhauses der Ehefrau weder als eine, das Endurtheil vorbereitende Verfügung, noch als eine zur Vollstreckung desselben dienende Maaßregel, sondern als eine vom Gesetze den Gerichten speziell aufgetragene Entscheidung, einen besonderen Fall betreffend, anzusehen ist, daß der A. G. H. daher, indem er die Auswahl der provisorischen Wohnung der Cassationsklägerin dem Ermessen des Präsidenten des Landgerichts zu Düsseldorf, oder des Stellvertreters desselben lediglich anheim gegeben hat, eine ihm gesetzlich aufliegende Funktion willkührlich und unbefugter Weise einem Dritten, nicht competenten Beamten delegirt, folglich die Grenzen der ihm zustehenden Gewalt überschritten und namentlich die angeführten Art. 268 des B. G. B. und Art. 881 der B. P. O. verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des A. G. H. vom 23. August v. J., insoweit hierdurch der Präsident des Landgerichts zu Düsseldorf oder dessen Stellvertreter beauftragt worden, der Cassationsklägerin die während der Dauer des Ehescheidungs-Prozesses zu beziehende Wohnung anzuweisen, verwirft jedoch in allen übrigen Punkten den eingelegten Cassationsrekurs, compensirt die Kosten des Cassationsverfahrens, die Rückgabe der Succumbenzgelder sowie die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten verordnend; verweist sodann, indem er in der Sache erkennt, zur Bestimmung der Wohnung, welche die Cassationsklägerin in dem Bezirke des Landgerichtes zu Düsseldorf bis zur Beendigung des Ehescheidungs-Prozesses zu beziehen habe, sowie zur Erledigung sämmtlicher hierauf Bezug habenden Anträge die Parteien vor das Kgl. Landgericht zu Düsseldorf.

Sitzung vom 27. März 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Brewer. — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: Dorn — Reusche.

Ladung vor den Cassationshof. — Erscheinungsfrist. — Unannehmbarkeit des Rekurses.

Ist der Cassationsverklagte mit Bezugnahme auf die gesetzliche Frist geladen, neben dieser allgemeinen Bezugnahme aber eine bestimmte, und zwar eine kürzere als die gesetz-

liche Frist beigefügt, so ist die Ladung nichtig und der Rekurs unannehmbar.

Dagegen ist keine Nichtigkeit vorhanden, wenn der Cassationsverklagte blos „in gesetzlicher Frist zu erscheinen" aufgefordert wurde.

I. Fall.

Ehefrau Schulze — Schulze.

In der zwischen den Eheleuten Schulze schwebenden Ehescheidungssache hatte die Ehefrau gegen das auf Trennung der Ehe lautende Urtheil des A. G. H. zu Köln den Cassationsrekurs ergriffen. Der Cassationsverklagte war in der Ladung vor den Kgl. Revisions- und Cassationshof aufgefordert worden, „binnen gesetzlicher Frist von zwei Monaten" zu erscheinen. Hierauf wurde eine Unannehmbarkeitseinrede gegründet. Der Cassationsverklagte stützte sich darauf, daß die Frist zum Erscheinen vor dem Cassationshofe eine dreimonatliche sei. Nach §. 3 des Gesetzes vom 13. October 1843 müsse der Verklagte in den Formen geladen werden, welche die Art. 61, 68 und 69 der Pr. O. vorschreiben. Der bezogene Art. 61 erfordere aber unter Nro. 4 bei Strafe der Nichtigkeit die Angabe der Erscheinungsfrist, welche natürlich nicht kürzer sein dürfe als das Gesetz bestimme. Die Ladung laborire somit an einer Nichtigkeit. Eine nichtige Ladung sey keine Ladung und die Cassationsklägerin hätte demnach nicht der Bestimmung des §. 3 des Gesetzes vom 13. October 1843 genügt, wonach bei Strafe des Verlustes des Rechtsmittels die Ladung innerhalb einer Frist von zwei Monaten vom Tage der Präsidial-Ordonnanz bewirkt werden müsse.

Es ergieng folgendes

Urtheil:

I. E., daß die Vorladung des Cassationsverklagten wegen zu kurzer Vorladungsfrist nach §§. 3 und 4 des Gesetzes vom 13. October 1843 und Art. 61 Nro. 4 der B. P. O. nichtig und der Verlust des Rechtsmittels eine Folge dieser Nichtigkeit ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Appellationshofes vom 30. November 1846 eingelegten Cassationsrekurs als nicht mehr statthaft unter Verurtheilung der Cassationsklägerin in Strafe und Kosten.*)

Sitzung vom 3. Januar 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Oppen. — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: HH. Furbach und Dorn.

---

*) Ganz in der nämlichen Weise wurde entschieden in Sachen Eheleute Frings — Gohr am 6. März 1848.

II. Fall.

Lemper — Schölgen.

Mathias Lemper und Consf. hatten gegen ein zu ihrem Nachtheil ergangenes Urtheil des Rh. A. G. H. vom 8. April 1847 den Cassationsrekurs eingelegt. Die Cassationsverklagten waren geladen „binnen gesetzlicher Frist" vor dem Revisions- und Cassationshofe zu erscheinen. Es wurde die Nichtigkeit der Ladung wegen Mangels directer Angabe der Frist unter Hinweisung auf §. 3 des Gesetzes vom 13. October 1843 und Art. 61 Nro. 4 der P. O. behauptet und hierauf eine Unannehmbarkeitseinrede gestützt. Insbesondere bemerkten die Cassationsverklagten daß der Cassationshof die directe Angabe der Frist in Sachen Schulze — Schulze und in Sachen Eheleute Fings — Wittwe Gohr für erforderlich erachtet zu haben scheine, indem dort neben der falschen Fristangabe auf die gesetzliche Frist Bezug genommen gewesen sey, diese Bezugnahme aber den Hof nicht abgehalten habe, die Nichtigkeit der Ladung und die Unannehmbarkeit des Rekurses auszusprechen.

Die Unannehmbarkeitseinrede wurde jedoch verworfen durch folgendes

Urtheil: —

J. E., die Unannehmbarkeitseinrede betreffend, daß die Cassationsverklagten binnen gesetzlicher Frist vorgeladen sind, nicht wie in den bezogenen Fällen diese Frist beschränkt worden ist, kein Gesetz aber die blos allgemeine Bezugnahme des Gesetzes mit Nichtigkeitsstrafe belegt, mithin der eingelegte Cassationsrekurs annehmbar ist.*)

Sitzung vom 29. Mai 1848.

Ref. H. G. O. R. R. v. Oppen. — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: HH. Deycks und Dorn.

---

*) Obschon der Art. 61 Nro. 4 der P. O. bei Nichtigkeitsstrafe vorschreibt, „l'indication du délai pour comparaitre" und dies nichts Anderes bedeuten kann, als daß die in jedem speciellen Falle eintretende Frist ausgedrückt werden müsse, hat doch eine fast gleichförmige Praxis den Grundsatz adoptirt, daß die bloße Bezugnahme auf die gesetzliche Frist genüge.

Wollte der Cassationshof sich dieser Praxis anschließen, wie er dies denn auch in dem hier mitgetheilten zweiten Falle gethan hat, so mußte er consequenter Weise in dem oben mitgetheilten 1. Falle die Unannehmbarkeitseinrede ebenfalls verwerfen. Denn wenn die allgemeine Bezugnahme „auf die gesetzliche Frist" genügte, so blieb in jenem Falle die Beifügung der speziellen Frist etwas Ueberflüssiges. War dieselbe aber etwas Ueberflüssiges, so erscheint ein Irrthum dabei gleichgültig, eben weil dieser Irrthum etwas Ueberflüssiges betrifft und also dadurch die sonst vollständige Ladung nicht nichtig werden kann. Wollte man sagen, der Cassationsverklagte werde durch die Beifügung der speziellen falschen Frist inducirt, so kann dies ein juristischer Grund in der That nicht seyn. Entweder muß der Verklagte die gesetzlichen Fristen kennen und dann darf er sich durch eine beigefügte falsche Frist nicht irren lassen; oder aber er kann die spezielle Angabe der Frist verlangen und dann genügt natürlich nicht die bloße Bezugnahme auf die gesetzliche Frist. In Einklang sind daher die beiden Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes nicht wohl zu bringen.

Jülich-Bergisches Recht. — Authentica si qua mulier. — Schuldschein. — Fallit. — Causa illicita. — Machtüberschreitung. — Gütergemeinschaft. — Abwesenheit des einen Ehegatten.

Nach Jülich-Bergischem Rechte ist die Ehefrau wegen der vom Manne selbst ohne ihre Zuziehung im Laufe der Ehe contrahirten Schulden persönlich verpflichtet. Sie kann daher schon aus diesem Grunde die Unwirksamkeit ihrer Unterschrift unter einem gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne ausgestellten Schuldscheine nicht aus den Bestimmungen der Authentica: Si qua mulier herleiten.

Das dem Gläubiger gegebene Versprechen der möglichsten Schadloshaltung wegen eines bei einem projectirten Concordate zu erleidenden Ausfalls hat eine der Schätzung nicht fähige Sache zum Gegenstande. Der hierauf bezügliche Schuldschein braucht deshalb weder ganz von der Hand des Ausstellers herzurühren, noch auch mit einem bon oder approuvé versehen zu seyn.

Die Feststellung, daß ein Versprechen eine der Schätzung nicht fähige Sache zum Gegenstande habe, ist thatsächlicher Natur. Sie unterliegt daher nicht der Censur des Cassationshofes.

Der Fallit kann gültig einem dem Concordate beitretenden Gläubiger die spätere Nachzahlung aus seinem künftigen Vermögen zusichern. Es steht weder ein Mangel in der Handlungsfähigkeit des Falliten entgegen, noch liegt einem solchen Versprechen eine causa illicita zum Grunde.

Dem Richter fällt keine Machtüberschreitung zur Last, wenn er den Beweis behaupteter Thatsachen dem einen Streitgenossen gegenüber aus Erklärungen eines andern Streitgenossen entnimmt.

Durch die bloße Abwesenheit des einen Ehegatten wird das Fortbestehen der Gütergemeinschaft nicht in Frage gestellt. Die dem Zurückgebliebenen anfallenden Erbschaften fallen in die Gemeinschaft, und der Gläubiger, welcher auf Grund solcher Erbanfälle seine Befriedigung nachsucht, b aucht nicht die Existenz des abwesenden Ehegatten nachzuweisen.

Ehefrau Becher u. Consf. — Wittwe Becher.

Die Gebrüder Peter Gottfried Becher und Johann Peter Becher führten zu Solingen bis zum Jahre 1808 ein gemeinschaftliches Waarengeschäft, bei dessen Auflösung der Erstere die Activa und Passiva der Handlung übernahm und dafür sammt seiner Ehefrau, der Cassationsklägerin, mit der er sich unter dem Jülich-Bergischen Recht verheirathet hatte, folgenden Schuldschein ausstellte:

> „Wir Endesunterschriebene bekennen unserm Bruder Johann Peter Becher bei Abrechnung und Uebertragung der Handlung, theils an baar vorgestreckten, theils ihm aus der Handlung kommenden Geldern die Summe von 4500 Rthlr. schuldig zu seyn, versprechen ihm von diesem Capital bis zur Ablegung desselben jährlich 4 Procent Zinsen zu bezahlen, und setzen ihm zur Sicherheit für ein angreifliches Unterpfand unser ganzes jetziges und zukünftiges Vermögen, wogegen uns nichts schützen noch schirmen soll."
>
> Solingen, den 1. Januar 1808.
>
> (unterz.) Peter Gottfried Becher.
> Jakobine Becher née. Weyersberg.

Diese General-Hypothek wurde am 18. Oktober 1810 in die neuen Hypotheken-Register zu Elberfeld eingetragen.

Der Schuldner Peter Gottfried Becher zog nach Bonn, fallirte später und es kam am 30. Juli 1811 ein von dem Handelsgericht bestätigtes, zu 25% abgeschlossenes Concordat zu Stande, welchem auch der Bruder Johann Peter Becher mit seiner Restforderung von 4100 Rthlr. beitrat, unter Verzichtleistung auf seine Präferenz als Hypothekargläubiger. Vor dem Abschluß des Concordates stellte der Fallit seinem Bruder einen Revers aus, des Inhalts:

> „Da mir mein Bruder Johann Peter Becher bei meinen unglücklichen Umständen gleich sich eingestellt, und seine gerichtliche Hypothekforderung gleich allen nicht gerichtlich eingetragenen Gläubigern gleichgestellt, und sich zu einem gütlichen Accord mit mir unterzeichnet hat, und ich also seinen großen Nachtheil und Schaden unmöglich als Bruder von Ihm verlangen kann, so verspreche ich selbigem oder dessen Kindern und Erben, sobald ich wieder zu einigem Vermögen gelangen werde, ihm wenigstens die Halbscheid seines Verlustes zu ersetzen, und ihm sobald ich nur immer kann, ihm vor und nach Ersatz wegen seines großen Verlustes zu leisten. Besonders werde ich Sorge tragen, daß er die Gelder, die er an Aschenbach und Benninghausen hat baar bezahlen müssen, und mich angingen (eine zweite Schuld) gleich, sobald es mir möglich ist, ersetzen werde."
>
> Bonn, den 21. Februar 1811.
>
> Peter Gottfried Becher.

In einem zweiten Schein ohne Datum, welcher aber ebenfalls vor dem Concordate ausgestellt wurde und hauptsächlich die Schuld bei Aschenbach und Benninghausen betrifft, erklärte nochmals dieser Peter Gottfried Becher und zwar mit seiner Ehefrau, der Cassationsklägerin:

„Wir erneuern euch unser Versprechen der möglichsten Schadloshaltung wegen hier an uns habenden Präferential-Forderungen.“
(unterz.) P. G. Becher.
Jakobine Becher geb. Weyersberg.

Durch Vorladung vom 9. Dezember 1835 forderten die Wittwe und Kinder des Gläubigers Johann Peter Becher von den Eheleuten Gottfried Becher

1) die concordatmäßigen 25% ihres Guthabens von 4500 Rthlr. mit 1125 Rthlr., sodann
2) die Hälfte des Restes mit 1687 Rthlr. 30 Stüber, indem die Verklagten wieder zu Vermögen gelangt, und hiermit die Bedingung des Reverses vom 21. Februar 1811 eingetreten sey.

Diese Beträge, nach Verhältniß der wirklich restirenden Schuld von 4100 Rthlr. wurden auch den Klägern durch Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Elberfeld vom 15. März 1836 und des Kgl. A. G. H. vom 23. November 1837 zuerkannt.

Die Wittwe und Kinder des Johann Peter Becher beabsichtigten nun auch die zweite Hälfte ihrer Rechtsforderung einzuklagen und ließen die Eheleute Peter Gottfried Becher vor das Vergleichsamt laden. Hier erklärte die Ehefrau des Gottfried Becher, daß ihr Ehemann seit dem Jahre 1818 abwesend sey und sie daher keinen Antrag nehmen könne. Nach Erwirkung der gerichtlichen Autorisation für dieselbe wurden durch Gerichtsvollziehersact vom 26. Mai 1843 1) die Ehefrau des präsumtiv abwesenden Kaufmannes Peter Gottfried Becher, 2) der Notar Custodis zu Solingen als bestellter Curator der Gütergemeinschaft dieser Eheleute Becher an das Kgl. Landgericht zu Elberfeld vorgeladen, mit dem Antrage, dieselben zur Zahlung von 1182 Thlr. 20 Sgr. 9 Pfg. nebst Zinsen seit dem 11. Februar 1843 zu verurtheilen. Die Klage wurde auf die oben angeführten Urkunden, sowie auf den Umstand gegründet, daß die jetzigen Vermögensverhältnisse der Verklagten Eheleute Becher zur gänzlichen Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten vollständig hinreichten.

Die Verklagten widersprachen der Klage. Die Ehefrau Becher glaubte persönlich überhaupt nicht verpflichtet zu sein, weil der Schein vom 21. Februar 1811 von ihr nicht unterzeichnet sey, auch der Schein ohne Datum weder von ihrer Hand herrühre, noch ihrer Unterschrift ein „gut“ oder „genehmigt“ beigefügt sey. Außerdem laufe das Versprechen in dem Reverse vom 21. Februar 1811 gegen den Inhalt des Concordates. Es sey daher ungültig und verstoße gegen die guten Sitten. Endlich sey die Bedingung, daß der Schuldner wieder in bessere Vermögensverhältnisse gekommen, nicht eingetreten, namentlich habe auf Seiten des abwesenden Ehemannes Gottfried Becher späterhin ein Erwerb nicht stattgehabt, da dieser seine Existenz voraussetze, letztere aber nicht erwiesen sey.

Das Kgl. Landgericht zu Elberfeld interloquirte auf Abnahme eines, der verklagten Ehefrau deferirten Eides, durch dessen einzelne Positionen dargethan werden sollte, daß seit dem Jahre 1835 der gedachten Ehefrau durch Erbschaftsanfälle und andere Erwerbungen ein Vermögen von 20- bis 22000 Thlr. zu Theil geworden sey.

Die von den Verklagten gegen dies Interlocut eingelegte Berufung blieb erfolglos. In den Motiven nahm der Rh. A. G. H. an, daß der Schuldschein vom 1. Januar 1808 nicht nur den Ehemann Becher

und die nach dem Jülich-Bergischen Statut bestehende Gütergemeinschaft verpflichte, sondern daß auch eine persönliche Verbindlichkeit für die mitunterzeichnete Ehefrau daraus hervorgehe. Ferner sey der Revers vom 21. Februar 1811 des Concordates ungeachtet gültig, da der Fallimentszustand den Schuldner zu persönlicher Verpflichtung nicht unfähig mache, auch ein derartiges Versprechen gegen die guten Sitten nicht verstoße, indem der Gläubiger wirklich Präferential-Rechte aufgegeben, seine Befriedigung erst aus dem künftigen Vermögen erfolgen sollte, das gegenwärtige Vermögen des Falliten aber den Gläubigern überlassen worden sey, und in keiner Weise konstire, daß die übrigen Gläubiger durch den Beitritt des Gläubigers Johann Peter Becher zu dem Nachlasse sich hätten bestimmen lassen. Der von der Ehefrau Becher mitunterschriebene Revers ohne Datum beziehe sich auf den Schein vom 21. Februar 1811. Danach bekenne sich dieselbe zu dem Inhalte des Letzteren; es sey daher ebenso, als habe sie diesen letzteren mit unterschrieben. Der Art. 1326 B. G. B. stehe in dieser Beziehung nicht entgegen, weil kein Versprechen einer bestimmten Summe oder einer der Schätzung fähigen Sache vorliege. Der Revers vom 21. Februar 1811 knüpfe nur die Verbindlichkeit zur Erstattung an das Vorhandensein von zureichendem Vermögen. Der Ehefrau Becher gegenüber sey daher der Eid, eben ihrer persönlichen Verpflichtung wegen, erheblich, selbst wenn, wie sie behaupte, ihr Ehemann den Vermögensanfall nicht erlebt haben möchte. Der Curator aber werde durch den Eid nicht beschwert, weil der erste Richter über die Verpflichtung der Gütergemeinschaft noch nicht erkannt; und die Verurtheilung derselben von dem Eide der Ehefrau Becher allein nicht abhängig gemacht habe.

Die Parteien traten nunmehr in die I. Instanz zurück. Die Ehefrau Becher erbot sich den zugeschobenen Eid mit der Modification abzuleisten, daß sie nur etwa 9500 Rthlr. aus verschiedenen Erbschaften erhalten, davon 2842 Rthlr. an die Klägerin in Folge des früheren Prozesses bezahlt und das übrige für eine Leibrente verwendet habe. Die Klägerin betrachtete den Eid für verweigert, subsidiarisch glaubte sie, in den Erklärungen der Ehefrau Becher ein das Beweisthema erschöpfendes qualificirtes Geständniß zu finden. Sie beantragte daher die sofortige Verurtheilung nach Inhalt der Vorladung.

Der erste Richter theilte indessen die Ansicht nicht, verordnete vielmehr die Abnahme des Eides in der Art, wie derselbe jetzt erboten wurde.

Gegen dieses Urtheil appellirte die Klägerin. Der A. G. H. erkannte unter Evocation der Hauptsache durch Urtheil vom 12. März 1847 reformatorisch und verurtheilte sowohl die Ehefrau Becher als auch die vom Notar Custodis vertretene Gütergemeinschaft zur Zahlung der eingeklagten Summe nebst Zinsen vom Tage der Klage, und in die Kosten beider Instanzen. Als Gründe werden hervorgehoben, daß der der Klägerin obliegende Beweis, daß die verklagte Ehefrau resp. die zwischen ihr und ihrem abwesenden Ehemanne bestandene oder noch bestehende Gütergemeinschaft seit Ausstellung des Reverses hinreichendes Vermögen zur Tilgung der Schuld erworben habe, aus den Erklärungen der Ehefrau Becher vollständig hervorgehe. Es erscheine demnach der Eid unerheblich, indem es gleichgültig sey, zu welchen Zwecken das erworbene Vermögen später verwandt seyn möge.

Gegen dieses Urtheil, sowie gegen das, das erste Beweis-Interlocut bestätigende Appellationsurtheil haben die Verklagten den Cassationsrekurs ergriffen.

I. Cassationsmittel. Verletzung der Novelle 134, Cap. 8. Der Schuldschein vom 1. Januar 1808 sey unter der Herrschaft des gemeinen Rechtes ausgestellt. Nach dem bezogenen Gesetze bleibe jede, von einer Ehefrau gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne eingegangene Verpflichtung ungültig, wenn nicht der Gläubiger nachweise, daß das Object der Schuld in das Vermögen der Ehefrau geflossen sey, ein Beweis, der hier nicht vorliege.

Für die Cassationsverklagten wurde entgegnet:

Der Schuldschein sey ausgestellt nicht unter der Herrschaft des römischen Dotalrechtes, sondern unter der Herrschaft des Jülich-Bergischen Statuts. Nach diesem trete unter Eheleuten Gütergemeinschaft ein, und zwar eine sehr umfassende Gütergemeinschaft, indem blos die vorehelichen Immobilien und die während der Ehe ererbten Stammgüter davon ausgeschlossen seyen. Was demnach der Mann sonst erwerbe, erwerbe auch die Frau, und eines besonderen Nachweises, daß der Gegenstand der Schuld in das Vermögen der Frau geflossen, könne es unter solchen Umständen nicht bedürfen. Darum werde überall, wo Gütergemeinschaftsrecht existire, die Authentica: Si qua mulier und somit auch ihre Quelle, das 8. Capitel der 134. Novelle, für ausgeschlossen erachtet. Es bezeuge dies Strick in seinem Specimen usus moderni Pandectarum (Lib. 16, T. 1, §. 4.) Hierzu komme aber noch ein fernerer Grund. Nach Jülich-Bergischem Rechte hafte die Frau sogar persönlich für die ohne ihre Zuziehung in stehender Ehe vom Manne contrahirten Schulden. (Voët historia jur. civ. Juliacensium et Montensium Nro. 209. 92. u. 158.) Selbst wenn also im vorliegenden Falle die Ehefrau Becher den Schein gar nicht mitunterschrieben hätte, würde ihre persönliche Verpflichtung keinem Zweifel unterliegen. Um so weniger also könne hier, wo der Schein von ihr mitunterschrieben worden, ein Bedenken rücksichtlich der persönlichen Verpflichtung derselben obwalten.

II. Cassationsmittel. Verletzung des Art. 1326 des B. G. B. Der Schein ohne Datum enthalte nicht die Erforderniße des gedachten Artikels und sey daher nicht zu berücksichtigen gewesen. Lege man darauf Gewicht, daß kein Versprechen einer bestimmten Geldsumme oder eines der Schätzung fähigen Gegenstandes vorhanden sey, so werde eine solche Ansicht durch die Worte des Gesetzes nicht gerechtfertigt. Es fehle daher an dem Beweise einer persönlichen Verpflichtung der Cassationsklägerin.

Für die Cassationsverklagten wurde erwidert:

1) Es werde nicht gesagt, welches Requisit dem Schein ohne Datum abgehe. Der Art. 1326 spreche von zwei Fällen. Welcher von beiden hier vorliegen solle, werde in der Cassationsschrift nicht bemerklich gemacht. Die §§. 1 u. 2 des Gesetzes vom 13. October 1843 verlangen jedoch bei Strafe der Unannehmbarkeit des Cassationsrekurses nicht nur die Angabe des verletzten Gesetzes, sondern auch die Hinweisung auf die betreffende im Prozesse zur Sprache gekommene Thatsache. Bei diesem Mangel erscheine dieses Cassationsmittel unannehmbar.

2) Das Cassationsmittel erscheine aber auch unbegründet. Wolle man sagen der Art. 1326 sey verletzt, weil die Cassationsklägerin ihrer Unterschrift kein „gut" oder „genehmigt" beigefügt habe, so könne zunächst hervorgehoben werden, daß die Cassationsklägerin die Ehefrau eines

Kaufmannes sey, mithin eine der im Artikel vorgesehenen Ausnahmen eintrete. (Urtheil des Appellhofes zu Agen bei Sirey 14. 2. 260.) Wenn jedoch diese Ansicht sehr bestritten sey, so greife doch der weitere Grund durch, daß nach der Feststellung des Appellationsrichters in dem Scheine von keiner bestimmten Geldsumme und auch von keiner der Schätzung fähigen Sache die Rede sey. Ueberdies enthalte der gedachte Schein kein neues Zahlungsversprechen, vielmehr werde nur in demselben eine frühere Verpflichtung anerkannt.

III. Cassationsmittel. Verletzung der Art. 442 u. 519 des H. G. B. und der Art. 1131 u. 1133 des B. G. B.

Durch den Act vom 21. Februar 1811 habe der Fallit seinen Bruder bestimmt, anscheinend dem Concordate beizutreten, während er denselben in der That besser gestellt als alle anderen Gläubiger. Dieses Abkommen widerspreche den bezogenen Gesetzesstellen, es sey gegen die guten Sitten und enthalte also ein unzulässiges Versprechen.

Die Cassationsverklagte entgegnete:

Dieses Cassationsmittel gehe allein den Curator an, nicht aber die Ehefrau Becher, welche niemals fallit erklärt worden und die auch den hier allein angegriffenen Act vom 21. Februar 1811 nicht mit unterschrieben habe. Indessen auch dem Curator gegenüber bleibe das Cassationsmittel zwecklos. Denn seine Verurtheilung gründe sich auch noch auf den Revers ohne Datum. Dieser bleibe unangefochten bestehen und sonach würde schon um deshalb das Appellationsurtheil müssen aufrecht erhalten werden. Zum Ueberflusse aber sey das Cassationsmittel durchaus unhaltbar. Die Vorschriften des H. G. B. könnten auf den fraglichen Act, der auf Stempelpapier des „Grand duché de Berg" geschrieben sey und sonach im Bergischen seine Entstehung erhalten habe, keine Anwendung finden, weil das H. G. B. erst am 1. Februar 1812, also nach Errichtung des Actes im Großherzogthum Berg eingeführt sey. Indessen auch hierauf komme es nicht an. Die von den Gegnern angeregten Bedenken seyen von der Jurisprudenz längst und gründlich gelöst worden. Niemand bezweifle mehr, daß der Fallit einem seiner, dem Concordat beitretenden Gläubiger durch Separat-Vertrag eine künftige Nachzahlung gültig zusichern könne und nur den Gläubigern möge unter besonderen Umständen ein Recht der Anfechtung zustehen. Der Schuldner dagegen könne niemals daraus einen Einwand für sich herleiten. Auch sey thatsächlich festgestellt, daß im vorliegenden Falle jenes Versprechen Nichts gegen die guten Sinne enthalte.

IV. Cassationsmittel. Machtüberschreitung und Verletzung der Art. 135, 136, 120 u. 127 des B. G. B.

Der Curator habe bestritten, daß Gottfried Becher in eine verbesserte Vermögenslage gekommen sey, mithin die Bedingung seiner Zahlungsverpflichtung nicht vorliege, selbst wenn auch seiner Ehefrau nach seinem Verschwinden Erbschaften angefallen seyn sollten. Der A. G. H. habe das Gegentheil angenommen und zwar auf das Zugeständniß der Ehefrau Becher, daß sie späterhin Vermögen erworben habe. Darin, daß der A. G. H. die Verurtheilung des Curators auf die Erklärung einer Mitverklagten gegründet, liege eine Machtüberschreitung, weil jeder Streitgenosse nur seine eigenen Erklärungen zu vertreten habe. Außerdem

hätten jene Erbschaften gar nicht in die Gütergemeinschaft fallen können. Die Existenz des abwesenden Ehemannes zu Zeit des Anfalles werde nicht anerkannt und sie müßte bewiesen werden, wenn man behaupten wollte, daß die Gemeinschaft durch jene Erbanfälle einen Zuwachs erhalten hätte. Man müsse nämlich entweder den Art. 136 des B. G. B. umstoßen, wenn man annehme, die Gütergemeinschaft bestehe in gleicher Wirkung fort, als wenn die Existenz beider Ehegatten unbezweifelt wäre, oder aber es trete die große Ungleichheit ein, daß die dem zurückbleibenden Ehegatten anfallenden Mobilar-Erbschaften der Gütergemeinschaft zufließen, während die dem Abwesenden anfallenden nach Art. 136 von andern Personen erworben würden. Die Gütergemeinschaft sey eine moralische Person, begründet in zwei physischen zur Ehe verbundenen Personen. Wie bei dem Verschwinden physischer Personen, deren Existenz zweifelhaft wäre, geschehe es auch bei der Existenz jener moralischen Person, sobald einer der beiden Ehegatten verschwunden ist. In Bezug auf das bereits erworbene Vermögen, werde bei dem Verschwinden der physischen Person ihr Leben als fortdauernd betrachtet. Anders dagegen sey es in Bezug auf die nach dem Verschwinden anfallenden Rechte. Die moralische Person könne in dieser Beziehung keinen Vorzug vor der physischen haben. Nothwendig also müsse man deren Existenz zur Zeit des Anfalles nachweisen. Die Bestimmungen des Art. 124 sequ. wegen Fortsetzung der Gütergemeinschaft hingen hiermit zusammen und bildeten nur eine Ausnahme von dem Rechte des Präsumtiv-Erben, die provisorische Einweisung in das vorhandene Vermögen zu verlangen. Deshalb brauche auch der zurückbleibende Ehegatte die ihm später anfallenden Erbschaften nicht inventarisiren zu lassen. (Art. 126); deshalb brauche er die nach Art. 127 erhaltenen Früchte nicht zu erstatten, welche, wenn man die Gütergemeinschaft als fortdauernd betrachte, derselben hätten zufallen müssen.

Für die Cassationsverklagte wurde hierauf entgegnet:

Was die Machtüberschreitung betreffe, so werde der Begriff derselben von den Cassationsklägern verkannt. Eine Machtüberschreitung liege nur dann vor, wenn der Richter aus dem Kreise der ihm angewiesenen Befugnisse geradezu heraustrete. Wenn nun der Richter prüfe, ob eine behauptete Thatsache bewiesen sey, so mache er im eigentlichsten Sinne von einer ihm übertragenen Befugniß Gebrauch. Es möge ihn der Vorwurf einer unrichtigen Beurtheilung treffen, vielleicht der Vorwurf, daß er einen falschen Gebrauch von seinen Befugnissen gemacht habe, aber es könne nicht gesagt werden, daß er die letzteren überschritten habe. Selbst dann also, wenn der A. G. H. dem Curator gegenüber ohne zureichenden Grund die fraglichen Thatsachen für festgestellt erachtet haben sollte, würde hierin dennoch keine Machtüberschreitung liegen. Uebrigens aber sey der Richter in keiner Weise beschränkt, und kein Gesetz verbiete ihm, auf Grund von Erklärungen eines Streitgenossen, allen Streitgenossen gegenüber eine Thatsache für dargethan anzunehmen.

Anlangend die Gesetzes-Verletzungen, so beruhten die gegnerischen Ausführungen auf einer falschen Vorstellung von den Wirkungen der Abwesenheit des einen Ehegatten in Bezug auf das Fortbestehen der Gütergemeinschaft. Die Letztere könne unmöglich durch jenes bloße Verschwinden ihre Auflösung erhalten; warum würde sonst der Zurückgebliebene erst später in die Nothwendigkeit versetzt seyn, eine Wahl zu treffen? Wie würde derselbe dann für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft sich

entscheiden können, für eine Fortsetzung, die doch ein, bis dahin nicht unterbrochenes Fortbestehen voraussetze, oder wie würde dann anstatt dessen die provisorische Trennung gefordert werden können, die ebenso nothwendig das bisherige Fortbestehen unterstelle. (Art. 124 u. 120 des B. G. B.)

Die Sache stelle sich einfach. Die Gütergemeinschaft gehe, abgesehen von bestimmten Ausnahmefällen, Hand in Hand mit der Ehe. Weder diese noch jene werde durch das bloße Verschwinden eines Ehegatten getrennt. Bestehe also in einem solchen Falle vor der Hand die Gütergemeinschaft noch fort, so müsse sie auch eines Zuwachses fähig seyn, sey es durch die Gewinnung der Früchte der bereits vorhandenen Güter, sey es durch Fleiß und Thätigkeit des Zurückgebliebenen oder durch Erbschaften, welche diesem Letzteren zufallen. Führe dies unter Umständen zu Ungleichheiten, so trage der Zurückgebliebene allein die Schuld, er hätte ja früher die provisorische Trennung erwirken können. Auch werde diese etwaige Ungleichheit dadurch aufgewogen, daß inzwischen die Früchte des Vermögens des Abwesenden in die Gütergemeinschaft fallen. Im einzelnen Falle möge also der Zurückgebliebene überlegen, welcher Weg für ihn der vortheilhaftere sey. So lange der Zurückgebliebene von dem ihm gegebenen Wahlrecht keinen Gebrauch gemacht, bestehe, den Gläubigern gegenüber, gewiß die Gemeinschaft fort, und ihnen gegenüber bleibe es durchaus einflußlos, ob später bei der nach Art. 120 zu treffenden Auseinandersetzung die einzelnen Stücke als Gemeinschaftsgut oder als Sondervermögen zu behandeln sein würden. Aus Rücksichten auf diese Auseinandersetzung könne die Klage der Gläubiger nicht vereitelt werden. Die singuläre Bestimmung des Art. 127 stehe dieser Ansicht nicht entgegen. — Endlich bleibe zu bemerken, daß die Cassationsverklagte keinesweges im Sinne der Art. 135 u. 136 ein Recht reclamire, welches dem abwesenden Gottfried Becher zugefallen sey. Jene Bestimmungen beträfen den Fall, daß Jemand an Stelle des Abwesenden ein, diesem angefallenes Recht reclamire, daß also ein Eintreten in dieses Recht loco des Abwesenden bezweckt werde. Von einem solchen Falle sey hier nicht die Rede. Hier werde gerade gegen den Abwesenden ein Anspruch verfolgt, welcher durch einen mit dem Abwesenden abgeschlossenen Vertrag seine Begründung erhalten habe. —

Der Antrag der Cassationskläger ging dahin:

die Urtheile des Kgl. A. G. H. vom 3. Juli 1845 und 12. März 1847 zu cassiren, die Rückgabe der Strafgelder zu verordnen und in der Sache selbst sprechend, den zu dem zuerst gedachten Urtheile genommenen Anträgen gemäß zu erkennen.

Für die Cassationsverklagte wurde beantragt:

den Cassationsrekurs zu verwerfen und den Cassationsklägern die Kosten zur Last zu legen.

Hierauf erging folgendes

Urtheil:

Auf das erste Cassationsmittel:

I. E., daß die Cassationsklägerin Ehefrau Becher, nach dem Jülich-Bergischen Landrecht unter dessen Herrschaft ihre Ehe abgeschlossen worden, zufolge der bestehenden Gütergemeinschaft zur Zahlung der von dem Ehe-

manne während der Ehe gemachten Schulden persönlich mitverpflichtet ist, daher dieselbe sich den Ansprüchen aus dem von ihr mitunterzeichneten Schein vom 1. Januar 1808 — durch Berufung auf die Novelle 134, cap. 8 nicht entziehen kann, — abgesehen hiervon aber der unter der jetzigen Gesetzgebung von ihr gemeinschaftlich mit ihrem Ehemanne ausgestellte Revers unter Privatunterschrift aus dem Jahre 1811 (ohne Datum) ein neues Zahlungsversprechen enthält; —

Auf das zweite Cassationsmittel:

Daß in den Instanzen unter Bezugnahme des Art. 1326 des B. G. B. eingewandt worden, der erwähnte Revers ohne Datum sey von der Cassationsklägerin weder eigenhändig ganz geschrieben, noch das „gut" oder „genehmigt" mit Angabe der Schuldsumme in Worten von ihrer Hand beigefügt, — mithin die Anführung in der Cassationsschrift: „der producirte Schein enthalte nicht die Erfordernisse des Art. 1326," eine genügende Hinweisung auf die im Prozeß vorgebrachten Thatsachen im Sinne des §. 1 u. 2 des Gesetzes vom 13. October 1843 darbietet und dieses Cassationsmittel annehmbar ist;

Daß dasselbe aber unbegründet erscheint, — zwar nicht deshalb weil der Ehemann der Cassationsklägerin ein Kaufmann ist, da die Ausnahmen des Art. 1326 nicht von den Ehefrauen der dort genannten Personen sprechen und die Cassationsklägerin kein abgesondertes Handelsgeschäft nach Vorschrift der Art. 4 u. 5 des H. G. B. betreibt, sondern deshalb, weil der A. G. H. thatsächlich festgestellt hat, daß das Versprechen in dem Revers „der möglichsten Schadloshaltung wegen der Präferential-Forderungen" nicht eine der Schätzung fähige Sache zum Gegenstande habe, sondern von dem Resultat des abzuschließenden Concordates bedingt sey, folglich hier der Fall des Art. 1326 nicht vorliegt;

Auf das dritte Cassationsmittel:

Daß die Behauptung, Gottfried Becher habe zur Zeit der Ausstellung des Scheines d. d. Bonn den 21. Februar 1811 zu Solingen gewohnt, wo die Publication des H. G. B. weit später stattgefunden, in den Instanzen nicht vorgebracht worden;

Daß aber der Art. 442 des H. G. B. nur im Interesse der Gläubiger dem Falliten untersagt, vom Tage der Eröffnung des Falliments an, über sein Vermögen zu verfügen, keineswegs aber ihn für unfähig erklärt, sich persönlich zu verbinden;

Daß auch der A. G. H. unter Berücksichtigung der Umstände aussprechen konnte, daß der Schein vom 21. Februar 1811 im Gegensatz zu dem Concordat den guten Sitten nicht zuwider sey;

Auf das vierte Cassationsmittel:

Daß die Frage, ob die Bedingung des Reverses vom 21. Februar 1811 dem mitverklagten Curator gegenüber eingetreten, das heißt, ob die Gütergemeinschaft der Eheleute Gottfried Becher seit dem Jahre 1811 hinreichendes Vermögen erworben, von dem A. G. H. geprüft werden mußte, mithin eine Machtüberschreitung darin nicht zu finden ist, wenn der Beweis der aufgestellten Thatsachen aus der Erklärung des einen Streitgenossen entnommen wird;

Daß die Abwesenheit eines Ehegatten, sie mag, wie hier, nur präsumtiv oder durch ein Urtheil erklärt seyn, ohne Einfluß auf das Fortbestehen

der Ehe ist, Art. 227 des B. G. B., daß ferner die Gütergemeinschaft bis zur Auflösung der Ehe fortdauert, wenn nicht ein anderer der im Art. 1442 genannten Fälle eintritt, dieser Grundsatz auch bei der Abwesenheit eines Ehegatten in dem Art. 124 anerkannt und nicht durch den Art. 127 widerlegt wird, welcher wegen Ersatzes der Früchte eine von den allgemeinen Regeln der Gütergemeinschaft abweichende spezielle Bestimmung enthält;

Daß aber die Gütergemeinschaft, wenn sie fortbesteht, auch Vermögen erwerben, namentlich durch Erbschaften, welche dem anwesenden Ehegatten zufallen, sich vergrößern kann und die daraus entstehende Ungleichheit, daß ihr auf solche Erbschaften, zu welchen der Abwesende berufen wird, mit Rücksicht auf die Art. 135 und 136 des B. G. B. keine Ansprüche zustehen, jenes Prinzip nicht aufhebt, sondern nur den anwesenden Ehegatten bestimmen kann, die provisorische Auflösung der Gütergemeinschaft nach Art. 124 zu verlangen;

Daß demnach die von den Cassationsklägern angeführten Gesetze nicht verletzt, vielmehr von dem A. G. H. richtig angewandt worden;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof das gegen die Urtheile des Kgl. A. G. H. zu Köln vom 3. Juli 1845 und 12. März v. J. eingelegte Cassationsgesuch unter Verurtheilung der Cassationskläger in Strafe und Kosten ꝛc.

Sitzung vom 17. April 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Frech. — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: HH. Furbach und Dorn.

Betrügerischer Bankerott. — Unregelmäßige Führung der Handelsbücher. — Betrügerische Absicht.

Durch die unregelmäßige Buchführung erhält ein Bankerott nur dann den Charakter eines betrügerischen, wenn bei derselben eine betrügerische Absicht des Falliten obgewaltet hat. — Die den Geschworenen vorzulegende Frage, muß daher ausdrücklich darauf gerichtet werden, ob der Fallit in betrügerischer Absicht Bücher geführt habe, welche den wahren Activ- und Passiv-Status des Geschäftes nicht darstellen.

Loeb — Oeffentl. Ministerium.

Gegen Jakob Loeb, Buchbinder und Handelsmann zu Solingen war die Anklage erkannt worden, als genügend beschwert, sich des betrügerischen Bankerotts schuldig gemacht zu haben, aus dem Grunde, weil:

a) er Bücher geführt habe, welche den wahren Activ- und Passiv-Status des Geschäftes nicht darstellen,
b) fälschlich einen Verlust bei A. Benjamin in London vorgegeben habe.

Bei der am 26. Mai laufenden Jahres vor dem Assisenhofe zu Elberfeld stattgehabten Verhandlung der Sache lauteten die den Geschwornen vorgelegten Fragen und die Antworten derselben, wie folgt:

1. Frage: Ist der gegenwärtige Angeklagte Jakob Loeb schuldig, als 1847 fallirter Handelsmann einen betrügerischen Bankerott gemacht zu haben, indem er fälschlich einen nicht statt gefundenen Verlust bei A. Benjamin et Comp. in London vorgegeben hat?

Antwort: Nein, der Angeklagte ist nicht schuldig.

2. Frage: Ist der gegenwärtige Angeklagte Jakob Loeb schuldig, als 1847 fallirter Handelsmann einen betrügerischen Bankerott gemacht zu haben, indem er Bücher geführt, welche seinen wirklichen Activ- und Passiv-Status nicht darstellen?

Antwort: Mit absoluter Stimmenmehrheit: Ja, der Angeklagte ist schuldig.

Mittelst Anwendung des Art. 402 des Str. G. B. Art. 594 und 599 des H. G. B. der Art 19, 47, 44, 36 des Str. G. B. und Art. 368 der Cr. Pr. Ord., so wie der Verordnung vom 30. September 1813, verurtheilte hierauf der Assisenhof den Jakob Loeb zum Verluste der Nationalkokarde, zu einer Zwangsarbeitsstrafe von fünf Jahren und in die Kosten, stellte ihn nach ausgestandener Strafe lebenslänglich unter die Aufsicht der hohen Polizei, die desfalls zu leistende Kaution auf fünfzig Thaler bestimmend, verordnete endlich den Druck und die Anheftung des Urtheiles im Auszuge an den im Gesetze bezeichneten Orten, nebstdem aber die Publication des Urtheiles durch die Elberfelder Zeitung.

Gegen dies Urtheil legte Condemnat am 29. Mai den Cassationsrekurs ein, zu dessen Begründung am 31. desselben Monats und nachträglich am 28. Juni d. J. im Wesentlichen Folgendes ausgeführt ward:

Es sei hier die Frage zu beantworten, ob Jemand ohne Weiters um deswillen für einen betrügerischen Banqueroutirer erklärt werden könne, weil er Bücher geführt, welche seinen wirklichen Activ- und Passiv-Status nicht darstellen. Diese Frage werde von Theorie und Praxis verneint. Allerdings sei für den Kaufmann, welcher die Benutzung des Credits in Anspruch nehme, ohne Bücher zu führen, die Gefahr vorhanden, sich selbst sowohl als seine Gläubiger zu täuschen. Beim schlechten Erfolg des Geschäftes bedürfe daher das Gesetz keiner weiteren Vermuthung, um die Fahrläßigkeit eines solchen Kaufmannes zu ahnden. Aus einer Unterlassung könne aber ohne Hinzutreten anderer Umstände nicht mit Nothwendigkeit auf das Vorhandenseyn betrügerischer Absicht geschlossen werden. Ebenso verhalte es sich mit der Unordnung in den Büchern; diese könne von zweifacher Art seyn, entweder eine Fälschung, eine unwahre Eintragung, eine absichtliche Verdunkelung der Uebersicht, oder eine bloße Verwirrung und Unvollständigkeit der Eintragungen; letztere lasse nicht sofort einen Rückschluß auf Betrug zu. Ein Criminal-Urtheil könne nicht auf Vermuthungen, sondern nur auf ermittelte Wahrheit gegründet werden. Daß zum Thatbestande des betrügerischen Bankerotts ein nachgewiesener Betrug erfordert werde, ergebe sich klar aus Art. 594 des H. G. B. Wenn derselbe so laute:

> pourra être poursuivi comme banqueroutier frauduleux le failli, qui n'a pas tenu des livres, ou dont les livres ne présenteront pas sa véritable situation active et passive,

so habe durch den Ausdruck véritable der Gegensatz einer Verfälschung, eines Betruges bezeichnet werden sollen. In dem deutschen Worte Wahr oder Wirklich liege jedoch diese Bedeutung nicht; dies habe in der deutschen Sprache blos mittelst einer Umschreibung, oder durch den Zusatz „fälschlich", oder „in betrügerischer Absicht" ausgedrückt werden können.

Ebenso geschehe in Art. 587 des H. G. B. von unregelmäßig geführten Büchern, die keine Anzeigen von Betrug enthalten, Erwähnung; dagegen sey nach Art. 593 Nro. 7 des H. G. B. das Verbergen der Bücher als betrügerisch anzusehen; sowie eine solche Handlung auch offenbar Treue und Glauben verletze, und die Absicht, die Gläubiger zu täuschen, klar an Tag lege. Ein armer Buchbinder aber, der seine Bücher so gut, als er gekonnt, d. h. nicht nach kaufmännischer Art, sondern ungenügend geführt, könne doch einzig und allein um deswillen nicht zu fünfjähriger Zwangsarbeitsstrafe verurtheilt werden, ohne jedem Rechte Hohn zu sprechen. Der Pariser Cassationshof habe sich auch wiederholt dahin ausgesprochen: daß das Vorhandensein eines betrügerischen Banquerouts nur alsdann angenommen werden könne, wenn in den Fragen an die Geschwornen und den Antworten derselben die den Betrug enthaltende Thatumstände ausgedrückt seien. In dem vorliegenden Falle solle, wie aus dem Anklage-Acte hervorgehe, der Angeklagte sich deshalb eines betrügerischen Bankerotts schuldig gemacht haben, weil er fälschlich einen Verlust bei A. Benjamin in London vorgegeben, und weil er diesen falschen Posten in seine Bücher aufgenommen, so daß diese den wahren Activ- und Passiv-Status des Geschäftes nicht darstellen. Merkwürdiger Weise sey nun die Thatsache der fälschlichen Angabe eines Verlustes von den Geschwornen verneint, und hiermit in Widerspruch ein betrügerischer Bankerott wegen nicht regelmäßiger und vollständiger Buchführung angenommen worden. Daß die Buchführung betrügerisch gewesen, sey von den Geschwornen nicht ausgesprochen worden. Es sey daher, wie sich vielleicht behaupten lasse, an dem Assisenhofe gewesen, dies zu prüfen, da die Thatsache, welche das Verbrechen enthalten solle, von den Geschwornen festgestellt worden. Eine solche Prüfung durch den Gerichtshof habe aber nicht stattgefunden.

Der Rh. Rev. und Cass. Hof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

I.E., daß gemäß Art. 394 des H. G. B. der fallirte Kaufmann, dessen Bücher die wahrhafte Lage seines Geschäftes nicht darstellen, als betrügerischer Banqueroutirer verfolgt und als solcher declarirt werden kann;

Daß der Zweck des Art. kein anderer ist, als die möglichen Folgen, welche eine unvollständige oder unregelmäßige Buchführung für den Falliten haben mag, hervorzuheben; daß jedoch, wie der bezogene Artikel, verglichen mit dem vorhergehenden sowie Art. 587 Absatz 4 desselben Gesetzbuchs außer Zweifel stellen, die Strafe des betrügerischen Banquerouts nur in dem Falle verwirkt ist, wenn die mangelhafte Buchführung zugleich den Beweis eines von dem Falliten beabsichtigten oder ausgeführten Betruges enthält;

Daß Jakob Loeb durch die Antwort der Geschwornen auf die zweite Frage schuldig erklärt worden ist, einen betrügerischen Banquerout gemacht zu haben, indem er Bücher geführt, welche seinen wirklichen Activ- und Passiv-Zustand nicht darstellen;

Daß allerdings die thatsächliche Feststellung in diesem Ausspruche enthalten ist, daß die von dem Angeklagten geführten Bücher unvollständig sind, resp. die wahre Lage seines Geschäftes nicht darlegen, hieraus jedoch keineswegs hervorgeht, daß bei Führung der Bücher eine betrügerische Absicht von Seiten des Falliten obgewaltet;

Daß nun aber ohne eine den Falliten zu Last fallende Thathandlung, welche entweder der Bestimmung der Gesetze zufolge für betrügerisch zu halten, oder als solche durch den Ausspruch der Geschwornen ausdrücklich erklärt worden ist, ein betrügerischer Banquerout nicht gedacht werden kann;

Daß, wenn daher in dem bezogenen Verdict der Angeklagte zugleich des betrügerischen Banquerouts schuldig befunden worden, die desfallsige Erklärung der Geschwornen nur als eine irrig und gegen die Verfügung des Gesetzes, aus einer thatsächlichen Feststellung gezogene Folgerung zu betrachten ist, welche nothwendig der Cassation unterliegt;

Daß übrigens der Angeklagte von der Beschuldigung, einen falschen Verlust angegeben zu haben, durch die Antwort der Geschwornen auf die erste Frage freigesprochen worden, hiergegen aber ein Rechtsmittel weder eingelegt worden, noch statthaft ist:

Aus diesen Gründen

Cassirt der Kgl. Revisions- und Cassations-Hof den am 26. Mai laufenden Jahres bei dem Assisenhofe zu Elberfeld gegen den Angeklagten Jakob Loeb ergangenen Ausspruch der Geschwornen, in so weit derselbe hierdurch ausschließlich wegen unvollständiger, die wahre Lage des Geschäftes nicht darstellender Buchführung eines betrügerischen Banquerouts schuldig erklärt worden, oder die von den Geschwornen auf die zweite Frage gegebene Antwort, demzufolge auch das Urtheil des besagten Hofes von demselben Datum, die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheiles am Rande des cassirten verordnend.

Verweiset sodann, indem er die Antwort der Geschwornen auf die erste Frage aufrecht erhält, zur Erledigung der gegen Jakob Loeb wegen betrügerischen Banquerouts erkannten Anklage, in so weit diese ihrem Zwecke nach darauf gegründet ward, daß der Fallit Loeb in betrügerischer Absicht Bücher geführt, welche den wahren Activ- und Passiv-Status des Geschäftes nicht darstellen, die Sache vor den Assisenhof zu Düsseldorf.

Sitzung vom 2. October 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Brewer. — Concl. H. G. P. Jähnigen.

Gewerbeordnung. — Polizeiliche Verordnungen über die Ausübung eines Gewerbes. — Schlachten in der Wohnung der Metzger. — Gebühr für die Benutzung des Schlachthauses.

Die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 stellt die Bedingungen zum Gewerbebetrieb im Allgemeinen auf, derogirt

aber den in Bezug auf die Ausübung des gestatteten Gewerbes an einzelnen Orten bestehenden polizeilichen Vorschriften nur in sofern, als diese mit der Gewerbeordnung im Widerspruch stehen.

Hierhin gehört weder das Verbot, in der Wohnung der Metzger zu schlachten, noch auch die Vorschrift, für die jedesmalige Benutzung des Schlachthauses eine festgesetzte Gebühr zu entrichten.

Oeffentl. Ministerium — Mintert.

Der Metzger Arnold Mintert zu Elberfeld wurde vor das dortige Polizeigericht geladen, weil er am 8. Mai 1848 in seinem Hause geschlachtet, ohne die im Reglement des Schlachthauses §. 11 vorgeschriebene polizeiliche Erlaubniß nachgesucht, noch erhalten zu haben. In der Sitzung vom 22. Mai 1848 gab der Beschuldigte nach, in seiner Wohnung geschlachtet zu haben, behauptete aber, hiezu auch ohne vorgängige polizeiliche Erlaubniß berechtigt gewesen zu seyn. — Das öffentl. Ministerium beantragte gegen ihn auf Grund des §. 8 der Zusätze zum Reglement vom 6. März 1829 eine Geldstrafe von 1 Thlr.; das Polizeigericht sprach ihn gleichwohl durch Urtheil vom 29. Mai 1848 von Strafe und Kosten frei, indem es im Wesentlichen erwog, daß die fragliche Bestimmung des Schlachthaus-Reglements durch die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 aufgehoben worden sey, da diese im §. 11 sage, daß die polizeiliche Zulässigkeit eines Gewerbes lediglich nach der jetzigen Gewerbeordnung und nicht nach frühern Vorschriften zu beurtheilen sey; hinsichtlich des Metzgergewerbes enthalte dieselbe aber keine andere Beschränkung, als daß nach §. 27 die neue Anlage von Schlachthäusern nur mit ausdrücklicher polizeilicher Erlaubniß geschehen könne. Hiezu komme, daß nach jenem Reglement für die jedesmalige Benutzung des Schlachthauses eine Abgabe habe entrichtet werden müssen, was ebenfalls dem §. 3 der Gewerbeordnung widerstreite, da dieser alle Abgaben für den Gewerbebetrieb mit Ausnahme der Gewerbesteuer (Gesetz vom 30. März 1820) aufhebe.

Der gegen dieses Urtheil von dem öffentl. Minist. ergriffene Cassationsrecurs wurde angenommen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 im Tit. II. von den Bedingungen zum Gewerbebetrieb im Allgemeinen handelt und der §. 15. die Bestimmung enthält, daß die polizeiliche Zulässigkeit desselben nur nach den Vorschriften dieses Gesetzes zu beurtheilen sey;

Daß dagegen in sofern von der Ausübung des gestatteten Gewerbes die Rede ist, die §§. 59 und 175 auf die gesetzlichen oder polizeilichen Vorschriften hinweisen, und in dieser Hinsicht die an den einzelnen Orten bestehenden Polizei-Verordnungen nur in sofern aufgehoben sind, als sie mit der Gewerbeordnung in Widerspruch stehen;

Daß letzteres bei dem Reglement des Schlachthauses zu Elberfeld vom 27. Oktober 1827 und 6. März 1829 nicht der Fall ist, vielmehr das

darin enthaltene Verbot, in der Wohnung der Metzger zu schlachten, mit dem §. 27 der Gewerbeordnung im Einklange steht, nach welchem nicht einmal für den eignen Bedarf ein Schlachthaus ohne polizeiliche Genehmigung angelegt werden darf;

Daß auch die festgesetzte Gebühr für die jedesmalige Benutzung des Schlachthauses nicht die Natur einer Abgabe im Sinne des §. 3 hat, welche lediglich für Gestattung des Gewerbbetriebs entrichtet wird;

Daß daher das Polizeigericht den §. 15 der Gewerbeordnung von 1845 unrichtig angewandt und das erwähnte Reglement verletzt hat, indem dasselbe für aufgehoben erklärt worden.

Aus diesen Gründen

cassirt der Kgl. Revisions= und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichtes zu Elberfeld vom 29. März d. J. und verordnet die Beischreibung dieses Erkenntnisses am Rande des cassirten;

In der Sache selbst erkennend, aus den Cassationsgründen und:

J. C., daß der Cassationsverklagte eingesteht, am 8. Mai d. J. in seiner Wohnung geschlachtet zu haben, wodurch er gegen die Bestimmung des §. 1 des Schlachthaus=Reglements vom 27. October 1827 gehandelt hat, und unter Anwendung des §. 8 der Zusätze vom 6. März 1829, welcher lautet:

„Diejenigen, welche den Bestimmungen des Regulativs oder der Zusätze nicht nachkommen, sollen für jede einzelne Zuwiderhandlung in eine Polizeistrafe von einem bis fünf Thlr. genommen werden."

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Revisions= und Cassationshof den Cassationsverklagten überwiesen am 8. Mai d. J. in seiner Wohnung geschlachtet zu haben, verurtheilt ihn daher zu einer Geldstrafe von 2 Thlr. und im Falle des Unvermögens in eine Gefängnißstrafe von einem Tage u. s. w.

Sitzung vom 27. November 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Frech — Concl. H. G. P. Jähnigen.

An demselben Tage erließ der Revisions= und Cassationshof ein gleichlautendes Urtheil wider den Metzger Peter Proll zu Elberfeld.

Krebs= und Fisch=Fang. — Jülich=bergische Polizei=Ordnung.

Die jülich= und bergische Polizei=Ordnung von 1554 und 1696 begreift unter dem Verbote des Fischens in fremden, nicht gemeinen Wassern auch das Verbot des Krebsfangens.

Oeffentl. Ministerium — vom Dorf.

Der Schmidt Friedrich vom Dorf war unter der Beschuldigung, daß er am 17. Mai 1848 in dem der Wittwe Hasenclever zu Ehringhausen

zugehörigen Effgesbach 58 Krebse entwendet habe, vor das Polizeigericht zu Wermelskirchen geladen. Er gestand daselbst das Fangen der Krebse ein und das öffentl. Ministerium beantragte daher auf Grund des Polizei-Edicts von 1554 gegen ihn eine Geldstrafe von 4 Goldgülden und die Verurtheilung in die Kosten. — Durch Urtheil vom 14. September 1848 erklärte jedoch das Polizeigericht den Beschuldigten einer strafbaren Handlung nicht überführt, weil die zugestandene Thathandlung durch kein Gesetz mit einer Strafe bedroht sey, da sich die qu. Polizei-Ordnung nur auf Fischerei-Frevel, nicht aber auf das Krebsfangen beziehe. — Der von dem öffentl. Ministerium gegen diese Entscheidung ergriffene Cassations-Rekurs wurde von dem Kgl. Revisions- und Cassationshofe angenommen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß das Fangen der Krebse ebenso, wie das der Fische zur Benutzung der Bäche gehört und die Fischerei-Gerechtigkeit sich auf Beides bezieht; die jülich-bergische Polizei-Ordnung von 1554 und 1696 p. 53, welche im Allgemeinen das Fischen in fremden, nicht gemeinen Wassern bei einer Strafe von 4 Goldgülden untersagt, auch hierunter das Krebsfangen begreift, wie dies unzweifelhaft daraus hervorgeht, daß sie in einem folgenden Artikel gegen diejenigen, welche bei Nachtzeit mit Feuer krebsen und fischen eine unbestimmte schwerere Strafe androht; daß daher das Polizei-Gericht, indem es den Beschuldigten lediglich wegen Mangels eines Strafgesetzes freisprach, die angeführte jülich-bergische Polizei-Ordnung verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt u. s. w.

In der Sache selbst, aus den vorstehenden Cassationsgründen und: in fernerer Erwägung, daß der Cassationsverklagte die in der Beschuldigung enthaltene Thatsache eingesteht, und daß der Effgesbach, in welchem die Krebse gefangen wurden, nicht ein gemeines Wasser ist, sondern nach dem Protokolle des Feldhüters Jung vom 17. Mai d. J. der Wittwe Hasenclever eigenthümlich zugehört; unter Anwendung der jülich-bergischen Polizei-Ordnung von 1554 und 1696, welche also lautet:

„Soviel die Fischereien belangt, ist unsere Meinung und Befehl daß in unsern wilden Wassern, dergleichen denen, so unser Ritterschaft, oder Andere von Alters zu fischen durch unsere Voreltern oder Uns vergönnt und davon Schein, auch beständige Possession vorhanden, bei einer Strafe von 4 Goldgülden durch Niemand gefischt werde u. s. w."

Aus diesen Gründen

erklärt der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Cassationsverklagten überwiesen, am 17. Mai d. J. in dem Effgesbache unterhalb der Neumühle 58 Krebse gefangen und entwendet zu haben, verurtheilt denselben in eine Geldstrafe von 8 Thlr. und im Falle des Unvermögens in eine Gefängnißstrafe von einer Woche u. s. w.

Sitzung vom 27. November 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Frech — Concl. H. G. P. Jähnigen.

Hypothekarinscription. — Erneuerung. — Collocationsverfahren. — Falliment.

Der Hypothekargläubiger hat, um im gewöhnlichen Zwangsversteigerungsverfahren den Rang seiner Hypothekarforderung zu conserviren, die Inscription bis zum erfogten Zuschlage, aber auch nur bis dahin, erneuern zu lassen. (I. Fall.)
Dasselbe gilt für ein von dem Syndik eines Falliments, in Bezug auf die zu der Fallitmasse gehörigen Grundstücke, ausgebrachten Licitationsverfahren. (II. Fall.)
Dagegen genügt es nicht, wenn die Hypothek nur bis zum Ausbruche des Falliments, oder bis zur Eintragung der Fallimentserklärung auf die Güter des Gemeinschuldners conservirt worden. (III. Fall.) *)

Die Streitfrage, bis zu welchem Zeitpunkte im gewöhnlichen Zwangsversteigerungsverfahren der Hypothekargläubiger seine Inscription erneuern lassen müsse, um seiner Forderung ihren bestimmten Rang zu sichern, **) ist neuerlich bei dem Revisions- und Cassationshofe abermals zur Verhandlung gekommen und, abweichend von den Grundsätzen, durch welche die im Arch. 41. 2. 92 u. flg. mitgetheilten Urtheile jenes obersten Gerichtshofes motivirt sind, nunmehr ebenfalls in dem Sinne entschieden worden, wie sie der A. G. H. in den meisten der bei den verschiedenen Senaten vorgekommenen Fällen entschieden hat.

Dieselbe Frage hat sich sodann auch in dem ähnlichen Falle zur Entscheidung dargeboten, wo nach ausgebrochenem Fallimente der Syndik die mit Hypotheken belasteten Grundstücke zur Licitation brachte; und auch in diesem Falle (II. u. III. Fall) hat der Revisions- und Cassationshof den Cassationsrekurs von den Urtheilen verworfen, durch welche erkannt worden war, daß es genüge, wenn die Hypotheken bis zum erfolgten Zuschlage conservirt worden, daß dagegen weder der bloße Ausbruch des Falliments, noch auch die Eintragung der Fallimentserklärung auf die Grundgüter des Falliten die Rechte der Hypothekargläubiger in der Weise fixire, daß eine Conservirung der Inscription nur bis zu diesen Zeitpunkten erforderlich sey.

I. Fall.

Oppermann — Cramer.

Gegen das im Arch. 41. 1. 273 mitgetheilte Urtheil des I. Civilsenates vom 22. Februar 1847 zur Sache Oppermann — Cramer wurde Seitens des Erstern der Cassationsrekurs ergriffen, jedoch von dem Revisions- und Cassationshofe verworfen durch folgendes

---

*) Vergl. Broicher u. Grimm Handbuch, ad Art. 600 des H. G. B. Note 2. — Arch. 25. 1. 89.

**) Man sehe über die bisherige Jurisprudenz des A. G. H. und des Revisions- und Cassationshofes: Arch. 41. 1. 265 flgd. und ebendas. 2. 92 flgd.

Urtheil:

J. E., daß, wie thatsächlich feststeht, die Cassationsverklagte an dem Tage, wo das betreffende Haus dem Cassationskläger Oppermann zugeschlagen wurde, eine gültige, inscribirte Hypothekarforderung hatte;

J. E., daß die Inscription dieser Forderung nach dem Zuschlage weder mit rechtlicher Wirkung erneuert werden konnte, noch einer Erneuerung bedurfte;

J. E., daß diese Erneuerung gegen den ursprünglichen Schuldner unstatthaft war, weil er aufgehört hatte, Eigenthümer des verpfändeten Hauses zu sein, unstatthaft gegen den Adjudicatar, weil sich dessen Verpflichtung auf Zahlung des Preises in den vorbedungenen Terminen beschränkt, unstatthaft von Seiten des Gläubigers selbst, weil nach beendigter Subhastation das Object eines Hypothekenrechtes fehlte und nur der Anspruch auf den Preis nach Maaßgabe der am Tage des Zwangsverkaufes bestandenen Inscription verfolgt werden konnte;

J. E., daß der Verfolgung dieses letzteren Anspruches weder der Art. 2154 des B. G. B. entgegensteht, welcher, da wo es überhaupt noch einer Erneuerung bedarf, die Frist zu solcher bestimmt; noch der Art. 752 der B. P. O., welcher nach richtiger Auslegung, übereinstimmend mit den früheren Hypothekengesetzen nur die Inscriptionen aus der Epoche vor dem Zuschlage verstehen kann, das angegriffene Urtheil beide Gesetze nicht verletzt, sondern richtig angewendet hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Rh. A. G. H. zu Köln vom 22. Februar 1847 eingelegten Cassationsrekurs und verurtheilt die Cassationskläger in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 25. September 1848.

Ref. H. G. O. R. R. von Oppen — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: Furbach — Reusche.

II. Fall.

Weyer'sches Falliment — Vaterländische Feuer-Versicherungs-Gesellschaft.

Auf den zum Weyer'schen Falliment gehörigen Immobilien haftete eine Forderung zu Gunsten der vaterländischen Feuer-Versicherungs-Gesellschaft zu Elberfeld von 4000 Thlr. als erste Hypothek; sie war inscribirt am 6. Juni 1824. Der Syndik des Falliments, Geometer Pickard, brachte die Grundstücke zur Versteigerung und die Feuer-Versicherungs-Gesellschaft selbst erhielt am 2. August 1832 den Zuschlag für das Gebot von 3100 Thlr. Ein Collocationsverfahren wurde zwar begonnen, aber nicht fortgesetzt. Die Sache blieb vielmehr liegen, bis im Jahre 1844 der Syndik gegen die Feuer-Versicherungs-Gesellschaft auf Zahlung jenes Steigpreises klagte, indem wegen unterlassener Erneuerung der Inscription vom 6. Juni 1824 die Hypothek erloschen, der Steigpreis sonach zur Chirographarmasse einzuziehen sey.

Das Kgl. Landgericht zu Köln erkannte der Klage gemäß; auf die von der verklagten Feuer-Versicherungs-Gesellschaft eingelegte Berufung

reformirte jedoch der III. Civil-Senat des A. G. H. durch Urtheil vom 16. Juli 1845 das Urtheil des Landgerichts, indem es bezüglich der hier in Rede stehenden Frage erwog, wie folgt:

J. E., daß die Klage des Appellaten sich wesentlich auf die Behauptung stützt, daß sämmtliche zur Zeit des Zuschlags der auf sein Betreiben versteigerten Immobilien auf denselben bestandenen Inscriptionen wegen unterbliebener Erneuerung dermalen erloschen seyen und daß, da sonach kein Hypothekargläubiger mehr vorhanden, welcher auf den von der Appellantin noch verschuldeten Kaufpreis mit Ausschließung der Chirographargläubiger Anspruch zu machen qualifizirt sey, dieser Kaufpreis zur Vertheilung unter die Chirographargläubiger des Falliments gelangen und zu diesem Zwecke zur Chirographarmasse eingezogen werden müsse;

Daß die Appellantin den Vordersatz dieser Behauptung aus dem Grunde bestreitet, weil durch die Fallimentserklärung die Rechte der Gläubiger an die Masse fixirt worden seyen, und es von diesem Zeitpunkte ab der Erneuerung der damals in Kraft gewesenen Eintragungen nicht bedurft habe;

J. E., daß, wenn auch diese Gegenbehauptung in der vorgetragenen Weise nicht begründet ist, doch die Nothwendigkeit der Erneuerung der Inscription sich allemal von selbst erledigt, wenn die Hypothek schon vor dem Ablaufe der Erneuerungsfrist ihren Zweck der Sicherheitsgewährung erfüllt hat, dies aber dann der Fall ist, wenn in Gemäßheit des Art. 564 des H. G. B. die zur Fallimentsmasse gehörigen Grundstücke versteigert und durch den Zuschlag aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden sind, indem in Folge dieser Handlung an die Stelle der mit der Hypothek behafteten Immobilien der Adjudikationspreis getreten ist, auf welcher selbst eine Hypothek nicht eingeschrieben werden kann, und welcher den Fonds darstellt, in dem diejenigen Gläubiger ihre Befriedigung zu suchen berechtigt sind, deren Hypothek zur Zeit des Zuschlags durch eine nicht erloschene Inscription conservirt war;

Daß diese nach einer constanten Jurisprudenz dann nicht zweifelhafte Folge, wenn der Zuschlag in dem eigentlichen Zwangsversteigerungsverfahren erfolgt ist, auch in dem vorliegenden Falle einer von dem Syndik des Falliments ausgebrachten Licitation der zur Fallitmasse gehörigen Grundstücke nicht minder für begründet gelten muß, da der Syndik hierbei als Vertreter der Gesammtheit der Creditoren, vorzugsweise aber der Hypothekargläubiger agirt und nur er es ist, dem das Gesetz hierzu die Befugniß beigelegt hat, da es nach einmal eröffnetem Fallimente den Hypothekargläubigern selbst nicht mehr zusteht, den Zwangsverkauf der in der Masse begriffenen Immobilien selbstständig einzuleiten, rücksichtlich ihrer daher die von dem Syndik bewirkte Licitation ein wirkliches, wenngleich unter andern Formen zu vollziehendes Expropriationsverfahren darstellt, mithin auch in Beziehung auf sie dieselben Wirkungen äußern muß, welche durch einen eigentlichen Zwangsverkauf für die Hypothekargläubiger herbeigeführt worden;

Daß daher der erst später eingetretene Ablauf der Erneuerungsfrist über den Zeitpunkt des Zuschlags nicht zurückwirken und den Hypothekargläubigern das Recht nicht wieder entziehen kann, welches sie als solche auf den Kaufpreis einmal erworben haben und die appellatische Klage, da sie sich auf das Erlöschen der den Hypothekargläubigern auf den Kaufpreis der betreffenden Grundstücke zur Zeit der Adjudication zugestande-

nen Ansprüche gründet, auf einer unrichtigen Voraussetzung beruht, indem der vorliegende Auszug aus dem Hypothekenregister den Nachweis liefert, daß bei dem der Appellantin am 2. August 1832 ertheilten Zuschlage die Inscription der Forderung derselben sowie die Inscriptionen aller übrigen aus dem Auszuge sich ergebenden Creditoren noch in Kraft bestanden haben.

Auf den von dem Syndik Pickardt gegen diese Entscheidung ergriffenen Cassationsrekurs erließ der Rh. Revisions- und Cassationshof folgendes

Urtheil:

Zum zweiten Cassationsmittel:

J. E., daß es einer Erneuerung der Inscription dann nicht bedarf, dieselbe auch dann nicht mehr wirksam sein könnte, wenn das Grundstück im Wege des Zwangsverkaufes distrahirt, der Steigpreis Object des Hypothekenrechtes wird;

J. E., daß der Verkauf der Immobilien im Fallimentsverfahren dem Wesen nach Zwangsverkauf bleibt, obschon er in den Formen des Verkaufs von Mündelgütern erfolgt, und wenn der Art. 564 des H. G. B. allen Gläubigern, mithin auch den inscribirten zum Uebergebot eine Frist stellt, diese mit der längeren des Art. 2185 des B. G. B. schon deshalb nicht cumulirt werden kann, weil das Ziel der letzteren, die Subhastation, unerreichbar sein würde, der Art. 564 auch für den folgenden Verkauf wieder maaßgebend bliebe, sonach bei richtiger Auslegung der bezogenen Gesetze keines derselben verletzt ist.

Aus diesen Gründen

verwirft u. s. w.

Sitzung vom 20. November 1848.

Ref. H. G. O. R. R. von Oppen — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokaten: HH. Volkmar — Reusche.

III. Fall.

Vollmann — Ebermayer u. Cons.

Das Sachverhältniß, sowie die Entscheidungen der ersten und zweiten Instanz sind bereits im Arch. 25. 1. 88 mitgetheilt worden. Der gegen das daselbst abgedruckte Urtheil des A. G. H. vom 8. März 1847 Seitens der Juliane Vollmann eingelegte Cassationsrekurs wurde von dem Anwalte der Cassationskläger im Wesentlichen durch folgende Ausführung zu begründen gesucht:

Die Frage, welche sich der Entscheidung des Kgl. Revisions- und Cassationshofes darbietet, sey einzig die:

> ob nach ausgebrochenem Falliment und nachdem die Fallimentserklärung auf die Güter des Gemeinschuldners eingetragen ist, die Hypothekengläubiger dennoch verbunden bleiben, ihre besonderen Inscriptionen erneuern zu lassen und zwar bei Verlust ihres Hypothekenrechtes?

Die Meinungen der angesehensten Rechtslehrer Frankreichs hierüber seien getheilt und ebenso finde sich für die eine und die andere Meinung

in den Sammlungen der französischen Rechtssprüche eine fast gleiche Zahl der Entscheidungen.

Nach Art. 442 des H. G. B. verliere der Gemeinschuldner durch den Ausbruch des Falliments den Besitz und die Verwaltung seines Vermögens. Dieses werde in gerichtliche Verwahrung genommen und komme zunächst unter die Verwaltung des Gerichts, (Art. 449, 454) welche später auf die von den Gläubigern zu erwählenden Syndiken übergehe (Art. 480, 527.) — Die bei dem Falliment betheiligten Gläubiger treten dadurch in eine Gemeinschaft, und das ganze Vermögen des Schuldners werde das gemeinschaftliche Object ihrer Befriedigung (Art. 527).

Diese Gesammtheit der Gläubiger repräsentire activ und passiv die Person des Schuldners in Ansehung aller Vermögensrechte, und alle Klagen gegen den Schuldner könnten nach Ausbruch des Falliments nur gegen die Agenten und Syndiken desselben angestellt werden (Art. 494).

Die Syndiken seyen verbunden im Namen der Gesammtheit der Gläubiger eine Inscription auf die Immobilien des Falliten zu nehmen (Art. 500) und sie schritten endlich lediglich auf den Grund der Einigung der Gläubiger und ohne eines anderen Titels dazu zu bedürfen, sowohl zum Verkauf seiner Immobilien, als zu Realisirung seines übrigen Vermögens (Art. 528). Eine Folge dieser Bestimmungen sei es, daß durch die Eröffnung des Falliments die Lage der Gläubiger unwiderruflich fixirt werde, so daß kein einzelner Gläubiger zum Nachtheil der Uebrigen bessere Rechte, als er zu diesem Zeitpunkte gehabt, auf die Fallitmasse erwerben könne. Um diesen Grundsatz in seiner Anwendung noch mehr zu sichern, sey in den Art. 443—446 für gewisse Acte und Geschäfte bestimmt, daß solche, wenn sie innerhalb zehn Tagen vor Eröffnung der Fallite vorgenommen worden, entweder unbedingt nichtig seyen, oder doch nach Umständen von den Gläubigern als ungültig angefochten werden könnten. Demgemäß habe der Art. 2146 des B. G. B. verfügt, daß Inscriptionen, welche in jener Frist genommen wären, keine Wirkung haben sollten. Daraus folge, daß noch weniger nach ausgebrochenem Falliment Einschreibungen noch mit Wirkung geschehen könnten; und wegen Gleichheit des Grundes müsse dieses auch von den ferneren Inscriptionen gelten, welche die Erneuerung der Hypothek zum Zwecke hätten. Es möge in einem gewissen Sinne wahr seyn, was der A. G. H. sage, daß der Schuldner durch das Falliment zwar der Verwaltung seiner Güter, aber nicht des Eigenthums beraubt werde. Aber welcher Bestandtheil des Eigenthums bleibe denn demjenigen, der fallit werde, sowie demjenigen der bonis cedire, zurück, wenn ihm Besitz, Verwaltung, Nutzung und Veräußerungsbefugniß entzogen, und alles dieses auf die Gläubiger resp. die Syndiken der Fallitmasse übergegangen sey? Jedenfalls würde aus solchem Eigenthum noch nicht die Nothwendigkeit der Erneuerung der Inscriptionen folgen. Nach Ausbruch des Falliments handle es sich nicht mehr von den Rechten der Gläubiger gegen den Falliten, sondern nur noch von ihren Rechten auf die Fallitmasse. Eine weitere Verpflichtung als eine Verification ihrer Forderungen den Syndiken gegenüber habe das Gesetz ihnen nicht auferlegt. Der A. G. H. beziehe sich darauf: daß ein Falliment möglicherweise wieder rückgängig werden könne, und allerdings würde, wenn dieser Fall eintrete, es einer Erneuerung der Inscriptionen bedürfen, um ihre Wirkung gegen den Schuldner zu behalten. Allein hieraus folge nur, daß es für die Gläubiger rathsam sein dürfte,

die Erneuerung für jenen möglichen Fall, auch nach Ausbruch des Falliments dennoch vorzunehmen; keinesweges aber folge, daß die Erneuerung auch dann nothwendig sey, wenn jener Fall nicht eintrete, und es bei dem Falliment bleibe, um die Rechte der Gläubiger auf die Fallitmasse zu conserviren, und daß durch deren Unterlassung diese Rechte verloren gingen. Der A. G. H. wolle den Art. 2146 nur auf erste Inscriptionen beziehen. Allein derselbe sage ganz allgemein:

Elles (les inscriptions) ne produisent aucun effet etc.

warum sollte er also nur von ersten und nicht von ferneren Inscriptionen gelten, da kein wesentlicher Unterschied zwischen beiden vorhanden sey. Dem stehe auch der Art. 443 des H. G. B. nicht entgegen. Denn daraus, daß nach ausgebrochenem Falliment und selbst zehn Tage vor diesem Zeitpunkt, Niemand eine Hypothek oder ein Privilegium auf die Güter des Falliten solle erwerben können, folge nicht, daß eine erneuerte Inscription noch mit Wirkung genommen werden könne und sogar nothwendig sey, um die Rechte des Gläubigers auf die Fallitmasse zu konserviren. Diese seyen vielmehr durch die Eröffnung des Falliments unwiderruflich fixirt und kein nachstehender Gläubiger könne darum bessere Rechte erwerben, weil ein vorstehender die Erneuerung seiner Inscription unterlassen habe.

Der Anwalt der Cassationsverklagten erwiderte hierauf:

Sey das Realrecht einmal durch gültige Inscription erworben, so würde in dessen Natur kein Beweggrund zu einer allgemeinen Beschränkung desselben auf eine bestimmte Zeitdauer liegen. Dennoch spreche der Art. 2154 eine solche aus, so daß jede Inscription nach zehn Jahren erlösche, wenn sie nicht inzwischen erneuert sey, und zwar letzteres auf den Grund des ursprünglichen Titels ohne nochmaligen Consens des Schuldners oder derer, welche seine Stelle verträten. Der Zweck des Gesetzes sey bekanntlich der, daß der Gesetzgeber die durch die Erfahrung bewährten Uebelstände vermeiden wollen, welche durch die immerwährende Dauer hypothekarischer Rechte und durch die Verdunkelung der Verhältnisse alter Inscriptionen herbeigeführt würden. Die Erneuerung einer Hypothek sey keine Erneuerung des ursprünglichen Rechtes, denn einer solchen bedürfe es nur, um den Ablauf der dreißigjährigen Präscription zu hindern, sondern vielmehr eine, in der ordnungsmäßigen Verwaltung der Hypothekenregister beruhende conservative Maaßregel, welche so lange nöthig sey, als die Hypothek ihre Wirksamkeit äußere. Erst wenn die Wirkung vollständig eingetreten, die Hypothek also zur Löschung reif sey, könne der Grund des Gesetzes, mithin die Nothwendigkeit der Erneuerung, als hinwegfallend angesehen werden.

Offenbar habe die gesetzliche Wirksamkeit einer bestehenden Hypothek noch keineswegs dadurch aufgehört, daß der Besitzer des verpfändeten Grundstückes fallit erklärt und zur Vermeidung aller anderweitigen Dispositionen dies in die Hypothekenregister transscribirt sey; vielmehr sollten Hypotheken diese Wirksamkeit erst jetzt dadurch äußern, daß nach erfolgtem nothwendigen Verkaufe des Pfandstückes die Hypothekengläubiger auf dessen Kaufgelder in der ihnen durch die Inscriptionen gesicherten Ordnung collocirt, und statt des bisherigen Unterpfandes auf dessen

Kaufgelder angewiesen würden. Erst wenn dieses geschehen, seyen alle gesetzlichen Wirkungen der Inscriptionen eingetreten, eine Erneuerung derselben also überflüssig gemacht. Der Art. 2154 des B. G. B. spreche ganz allgemein, sey durch keine Bedingung in seiner Anwendbarkeit beschränkt und der A. G. H. würde denselben offenbar verletzt haben, wenn er vor dem wirklichen Eintritte der Realisation des Pfandrechts, also vor Vertheilung der Kaufgelder des Grundstücks, lediglich in der Eröffnung des Concurses ein Argument gefunden hätte, die gesetzlichen Folgen der nicht geschehenen Erneuerung innerhalb zehn Jahren auszuschließen. Der Pariser Cassationshof habe sich schon durch ein Urtheil vom 17. Juni 1817 ebenfalls in diesem Sinne ausgesprochen. Die Cassationsklägerin wolle zwar behaupten, daß der Art. 2146 sich auch auf Erneuerung von Inscriptionen beziehe. Allein der Art. 443 des H. G. B. sage ganz bestimmt, daß nur die Erwerbung eines Privilegiums oder einer Hypothek auf die Güter des Falliten innerhalb zehn Tagen vor Eröffnung des Concurses nichtig sey. Hier sey aber nicht von einer Erwerbung, sondern von einer Erneuerung und Erhaltung der Hypothek die Rede, welche von keinem acte du failli abhängig gewesen, und wodurch weder diesem noch der Masse irgend eine neue Verbindlichkeit auferlegt worden. Es sey klar, daß der Sinn der Art. 442—448 des H. G. B. nur dahin gehe, dem Falliten der Möglichkeit zu berauben, der Masse und deren Gläubiger zu schaden. Hierher könne aber jene Erneuerung, welche blos darauf abzwecke, wohlerworbene Rechte zu erhalten, nicht gerechnet werden, und ganz richtig bemerke der A. G. H., daß der Gemeinschuldner ja durch den Ausbruch des Concurses des Eigenthums seiner Güter nicht entsetzt werde; denn, wenn in Folge einer günstigen Realisirung der Masse oder eines Concordats nach Bezahlung der Schulden, sich ein Ueberschuß ergäbe, so würde dieser Niemanden anders als dem Gemeinschuldner gehören, und auf jeden Fall würde nach den von dem Kgl. Revisions- und Cassationshof angenommenen Grundsätzen in Sachen Walter gegen die Provinzialsteuerdirection selbst die Adjudication des verpfändeten Grundstückes noch nicht einmal die Nothwendigkeit der Erneuerung der Inscription ausgeschlossen haben, so daß also aus dem, auf die Gläubiger angeblich durch die Fallite übergegangenen Eigenthum sich auf keine Weise etwas Günstiges für die Cassationsklägerin folgern lassen würde.

Urtheil:

J. E., daß nur die Frage:

> ob nach ausgebrochenem Falliment und nachdem die Fallimentserklärung auf die Güter des Gemeinschuldners eingetragen ist, die Hypothekengläubiger dennoch verbunden bleiben, ihre besonderen Inscriptionen erneuern zu lassen und zwar bei Verlust ihres Hypothekenrechts,

den Gegenstand des eingelegten, auf Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 2146 und 2154 des B. G. B. und der Art. 442—448, 499 und 500 des H. G. B. gestützten Cassationsrekurses bildet;

J. E., daß nach Art. 2146 zwar den Inscriptionen von Privilegien und Hypotheken jede rechtliche Wirkung versagt ist, wenn sie in dem Zeitraum genommen sind, während dessen vor Eröffnung der Fallite vorgenommene Acte als nichtig betrachtet werden sollen;

Daß dieser Artikel auch in allen Fällen seine unbezweifelte Anwendbarkeit hat, sofern es sich von der Erwerbung eines bis dahin nicht bestandenen Hypothekarrechts durch eine neue Inscription handelt;

Daß aber im vorliegenden Falle vielmehr von der Erhaltung eines früher bestandenen und inscribirten Hypothekarrechts die Frage ist, und in dieser Hinsicht der Art. 2154 ausdrücklich vorschreibt, daß die Wirkung der Inscriptionen aufhört, wenn sie nicht vor Ablauf von zehn Jahren erneuert worden;

J. E, daß in Ansehung dieser Nothwendigkeit einer Erneuerung das Gesetz keinen Unterschied macht, ob über den Eigenthümern des hypothecirten Grundstücks inmittelst eine Fallite ausgebrochen ist oder nicht;

Daß ein solcher Unterschied auch keineswegs als sich aus den durch Eröffnung der Fallite begründeten Verhältnissen von selbst ergebend, gerechtfertigt werden kann;

Daß vielmehr der Art. 443 des H. G. B. nur bestimmt: daß Niemand binnen der einer Eröffnung der Fallite vorhergehenden, zehntägigen Frist ein Privilegium oder eine Hypothek erwerben könne, eine Bestimmung, welche einen Gegensatz mit dem Falle bildet, wo es blos auf Erneuerung einer bereits früher erworbenen Hypothek ankommt;

J. E., daß der Zweck der Vorschriften der Art. 442—448 ib. überhaupt nur dahin geht: willkührliche Handlungen des Gemeinschuldners in Beziehung auf die Masse zu hindern, und der Entstehung neuer Rechte auf dieselbe entgegen zu treten, keineswegs aber jener dadurch schon vor der Adjudication des Eigenthums seiner Grundstücke verlustig wird, noch die hypothekarischen Gläubiger dadurch gehindert werden, dem Art. 2154 des B. G. B. gemäß ihre Inscriptionen durch Erneuerung derselben zu conserviren, da vielmehr die fortdauernde Wirksamkeit einer Hypothek und der davon abhängige Rang im Verhältniß zu andern Gläubigern durch eine solche Erneuerung bedingt wird, welche überhaupt und ganz allgemein im Interesse der öffentlichen Ordnung und der Uebersichtlichkeit der Hypothekenregister vorgeschrieben ist;

J. E., daß auch die Inscription, welche die Agenten und hiernächst die Syndiken auf die Grundstücke des Gemeinschuldners durch Art. 500 des H. G. B., im Namen der Masse der Gläubiger zu nehmen angewiesen sind, einen ganz anderen Zweck, als die Sicherung der Vorzugsrechte einzelner Gläubiger hat, und diese auf keine Weise von ihren Obliegenheiten dieserhalb dispensirt;

Daß hiernach durch die Entscheidung des Rh. A. G. H. keine der von der Cassationsklägerin in Bezug genommenen Gesetzesstellen verletzt worden.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Kgl. Rh. A. G. H. vom 8. März 1837 eingelegten Cassationsrekurs unter Verurtheilung der Cassationsklägerin in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 9. November 1840.

Ref. H. G. O. R. R. Graun — Concl. H. G. P. Eichhorn. Advokaten: H.H. Reusche (Reinhardt) — Sandt und Kunowski.

Simultankirche. — Benutzung derselben. — Competenz.

Steht es fest, daß eine Kirche Simultankirche ist, so gehört die Entscheidung über die Frage, in welcher Weise die betreffenden Kirchengemeinden das Benutzungsrecht an derselben auszuüben haben, wenigstens dann zur Competenz der Gerichte, wenn diese Art der Ausübung aus einem speziellen Titel hergeleitet und ein entgegenstehender Vertrag als nichtig angefochten wird.

Instruction für die Provinzialconsistorien vom 23. Oktober 1817 §. 4. — Instruction für die Oberpräsidenten vom 31. Dezember 1825 §. 2. — Decret vom 30. Dezember 1809 Art. 80.

Katholische Kirche zu Roxheim — Evangelische Kirchen-Gemeinde zu Mandel.

Gegen das in der rubrizirten Sache ergangene, nebst den wesentlichen factischen Verhältnissen bereits im Arch. 42. 1. 132 mitgetheilte Urtheil des A. G. H. vom 10. August 1847 ergriff die katholische Kirche zu Roxheim den Cassationsrekurs, zu dessen Rechtfertigung folgende Cassationsmittel geltend gemacht wurden:

1) Verletzung des §. 11 der Regierungs-Instruction vom 23. Oktober 1817, der §. 34—37 der Verordnung vom 26. Dezember 1808, des Art. 59 der B. P. O. und Machtüberschreitung.

Der A. G H. habe — führte die Cassationsklägerin an — den Streitgegenstand ganz unrichtig aufgefaßt; er gehe von der Ansicht aus, daß hier nicht ein Recht, sondern nur die Ausübung eines an sich feststehenden Rechts streitig sey. Diesem widerspreche der Inhalt der Vorladung und des Urtheils erster Instanz, denn hiernach betreffe der Streit das Recht selbst und hierüber habe der Richter erkannt. Die Klage gründe sich nämlich auf die Behauptung, daß die Klägerin „berechtigt" sey, in der Simultankirche einen besondern Altar zu ihrem ausschließlichen Gebrauche zu errichten und auszuschmücken. Solches verlange dieselbe nicht als Ausfluß ihres unbestrittenen Miteigenthums an der Kirche und als eine für den katholischen Cultus nothwendige Einrichtung, sondern als eine über das Miteigenthum hinausgehende, dem Umfange und dem Inhalte nach ausgedehntere Berechtigung. Sie leite dieselbe her aus dem Erwerb durch Usucapion oder ununterbrochene Gewohnheit, welche durch den Vertrag von 1829 nicht aufgehoben worden.

Ständen nun diese Vordersätze fest, so folge unbestritten, daß die Gerichte allein competent seyen; denn nicht nur die Frage, ob man Miteigenthümer sey, sondern auch, welche Ausdehnung das Recht des einen Miteigenthümers habe, berühre das Privatrecht, ohne Unterschied, ob Privatpersonen oder Corporationen sich einander gegenüber ständen. Daß aber über solche Streitigkeiten nur die Gerichte zu entscheiden hätten, bestimmten die publizirten §§. 34—37 der Verordnung vom 26. Dezember 1808 und selbst der angerufene §. 310 u. 311 des Allg. Landrechts, wenn

Letzteres überhaupt Anwendung finden könnte. — Durch den Ausschluß des Rechtsweges seyen demnach die angeführten §§. 34—37 verletzt, sowie durch Aufhebung des Urtheils erster Instanz speziell der Art. 59 der B. P. O., die Realklagen, wie die vorliegende, vor den Richter der gelegenen Sache, also hier vor das Landgericht zu Coblenz gehörten. Endlich liege auch eine Machtüberschreitung darin, daß der A. G. H. über diesen, seinem Forum zugewiesenen Streitgegenstand zu erkennen sich geweigert habe.

Die Cassationsverklagte erwiderte hierauf: 1) die Prämisse, welche die Cassationsklägerin ihrer Ausführung voranschicke, nämlich, daß sie Miteigenthümerin der Kirche sey und daß ihr Miteigenthum über die gewöhnlichen Grenzen der Gleichheit hinausgehe, erscheine unrichtig. — Das Eigenthum stehe der Civilgemeinde zu, und beide Parteien hätten nur das Nutzungs- oder Gebrauchsrecht, in der Kirche ihren Gottesdienst feiern zu können. Diese Befugniß, welche ein unmittelbarer Ausfluß des Simultaneums sey, bilde allein den Gegenstand ihrer Rechte, und Alles, was darüber hinausliege, was nicht auf diese Befugniß selbst, sondern nur auf die Formen des Gottesdienstes und die äußern Mittel zu dessen Herstellung Bezug habe, betreffe nicht das Recht selbst, sondern nur die Art und Weise seiner Ausübung. — 2) Allerdings werde der Gegenstand des Prozesses durch die Forderung des Klägers bestimmt; aber nicht nach dem Namen, den er ihm gebe, sondern nach dem, was er wirklich verlange. Ob also der Anspruch zu den Privatrechten gehöre, ob er sich zur gerichtlichen Entscheidung eigne, oder ob dessen Regulirung den Verwaltungsbehörden zu überlassen sey, müsse der Richter untersuchen, bevor er weiter frage, ob er begründet sey. Hier gehe nun der A. G. H. davon aus, daß bei dem Simultaneum die Rechte beider Confessionen gleich seyen, und daß eine Ausnahme in Folge der bisherigen Ausübung nur dann anzunehmen, wenn Letztere nicht als ein Ausfluß der Mitberechtigung, sondern als eine unzweideutige Beschränkung des Mitbetheiligten betrachtet werden müsse. Die Richtigkeit dieser Sätze könne man nicht angreifen, die Frage aber, ob sie auf den vorliegenden Fall Anwendung fänden, könne nur eine faktische seyn, und der A. G. H. habe in den behaupteten factischen Umständen nicht das unzweideutige Merkmal jener Beschränkung des Mitbetheiligten gefunden. — 3) Die als verletzt angeführten Gesetze seyen nicht auf den vorliegenden Fall zu beziehen. Die Verordnung von 1808 spreche nicht einmal das Princip aus, daß alle Streitigkeiten über Privatrechte vor den Richter gehörten, vielweniger gebe sie eine Definition, was ein Privatrecht sey.

2) Falsche Anwendung des §. 4 Nro. 3 der Dienstinstruction für die Consistorien vom 23. October 1817; des §. 2 Nro. 6 der Instruction für die Oberpräsidenten vom 31. Dezember 1825; Verletzung des Art. 1 des B. G. B.; des §. 1 des Gesetzes vom 3. April 1846, und des §. 6 der Verordnung vom 28. März 1811, sowie Machtüberschreitung.

Hätte der A. G. H. auch die Sache richtig aufgefaßt — fährt die Cassationsklägerin fort — so würde dennoch die richterliche Competenz nicht ausgeschlossen seyn. Bei einem gewöhnlichen Miteigenthume könnte deshalb kein Bedenken obwalten und die Gerichte müßten entscheiden, wenn unter den einzelnen Theilhabern über die Art des Mitgebrauchs gestritten würde. Hier aber solle, wie der Richter zweiter Instanz meine, wegen der Qualität des Gegenstandes (einer Simultankirche) und wegen

der Qualität der Parteien (zweier Kirchengemeinden) das Verhältniß sich ändern, die Differenz nach den Bestimmungen des allg. Landrechts in das jus circa sacra einschlagen und die Regulirung von dem Oberpräsidenten ausgehen. Allein, wenn auch das jus circa sacra als ein Theil des innern Staatsrechts zu betrachten sey, und wenn auch letzteres für die ganze Monarchie ohne spezielle Publication Geltung haben sollte, so folge hieraus noch nicht, daß alle Bestimmungen, welche sich in einem Abschnitte des Landrechts befänden, welcher nach seiner Rubrik staatsrechtliche Vorschriften umfasse, wirklich dem innern Staatsrechte angehörten, daß nicht eine einzelne Stelle als lex fugitiva das Privatrecht berühre. Die singuläre Competenzbestimmung des §. 311 cit. bestehe nicht für die Rheinprovinz, weil sie dort nicht publizirt worden, und der A. G. H. habe, indem er sie dennoch zur Anwendung gebracht, den Art. 1 des B. G. B. und den §. 1 des Gesetzes vom 3. April 1846 und den §. 6 des Gesetzes vom 28. März 1811 verletzt. Ebensowenig lasse sich die Anwendung des §. 4 Nro. 3 der Instruction für die Consistorien vom 23. October 1817 rechtfertigen. Die betreffende Stelle: „daß die Erörterung und Erledigung der Streitigkeiten der katholischen Kirche mit anderen Religionsparteien über Gegenstände des öffentlichen Cultus zum Ressort der Oberpräsidenten gehöre," sey nicht auf Eigenthums-Ansprüche zu beziehen.

Von dem Cassationsverklagten wurde hierauf entgegnet: Das Simultanverhältniß zweier Kirchengemeinden sey kein Gegenstand des Privatrechts und es fänden daher die Regeln des gewöhnlichen Miteigenthums hier keine Anwendung, vielmehr müßte das Kirchenrecht und, insoweit sich der Staat einen Einfluß vorbehalten, das Staatsrecht die Norm geben. Wie weit dieses Hoheitsrecht, dieses jus circa sacra sich ausdehne, sey lediglich nach den bestehenden positiven Gesetzen, nicht nach der Theorie zu beurtheilen und dabei von dem Grundsatze auszugehen, daß es nur ein inneres Staatsrecht geben könne, welches für alle Theile der Monarchie Geltung habe. Vermöge des jus advocatiae oder vielmehr des jus supremae jurisdictionis habe nun die Staatsgewalt nicht nur die zur Beförderung der Kirchenzwecke bestimmten äußern Mittel zu überwachen, sondern auch die Nachtheile abzuwenden, welche aus dieser oder jener Art der Religionsübung für die kirchliche Gesellschaft entstehen könnten. Die Behörden, welche in der vorliegenden Sache zu erkennen hätten, müßten sich auf diesen Standpunkt stellen und erwägen, ob diese oder jene Einrichtung die Eintracht unter den beiden Religionsgesellschaften und damit zugleich die Wohlfahrt der politischen Gemeinde fördere oder störe, — sie müßten das Bedürfniß und die Zweckmäßigkeit der Einrichtung, sowie die Möglichkeit ihrer Ausführung prüfen; — Alles dieß sey aber nicht Sache des Richters. Ferner würden Hoheitsrechte nur von dem Landesherrn selbst oder den speziell delegirten Behörden ausgeübt, nirgends sey dieß aber bei dem jus circa sacra den Gerichten übertragen; sondern das Gesetz habe die Verwaltungsbehörden competent erklärt; denn nach §. 3 Nro. 5 der Verordnung vom 30. April 1815 stehe dem Oberpräsidenten die Leitung des Cultus zu und nach §. 15 ib. habe das Consistorium unter seiner Aufsicht das landesherrliche jus circa sacra hinsichtlich der katholischen Kirche zu verwalten. Liege in unserem Falle nun wirklich ein Ausfluß des jus circa sacra vor, so sey die Incompetenz der Gerichte nachgewiesen und der §. 4 Nro. 3 der Instruction für die Consistorien von 1817 spreche es noch deutlicher aus. — Eine Bestätigung dieser allgemeinen Ansicht liefere das allg. Landrecht in dem cit. §. 311, nach-

welchem Streitigkeiten über die Art der Ausübung des Simultaneums von den Kirchenobern und zuletzt von dem Landesherrn geschlichtet werden sollten. Dieses Entscheidungsrecht des Landesherrn sey durch die Instructionen von 1815, 1817 u. 1825 den Oberpräsidenten übertragen. Könnte aber über den Sinn der Worte: „Gegenstände des öffentlichen Cultus" noch ein Bedenken obwalten, so würde ihn die Bestimmung des allg. Landrechts im §. 311 cit heben und diese Interpretation sey gewiß bei den angeführten, für die ganze Monarchie publicirten Instructionen gestattet. — Allein selbst nach der rheinischen Gesetzgebung seyen die Gerichte incompetent. Wenn es sich von dem Neubau oder der Ausbesserung einer Kirche handle, so habe nach Art. 95 u. 98 Decrets vom 30. Dezember 1809 die Regierung den Zustand constatiren, den Bauanschlag aufnehmen und die Kosten aufbringen zu lassen. Sowie nur die Verwaltungsbehörden, und nicht die Gerichte über den Bau im Allgemeinen zu bestimmen hätten, so werde auch nur durch Erstere der Umfang, die Gestalt und innere Einrichtung der Kirche festgestellt. Wenn also im Jahre 1829 die Kgl. Regierung zu Coblenz solches bei der Kirche zu Mandel angeordnet, so könne dieß heute nicht von den Gerichten abgeändert werden, sondern über Anträge dieser Art hätte nur die Verwaltung zu entscheiden.

Urtheil:

J. E., auf das erste Cassationsmittel: daß nach dem angegriffenen Urtheile nicht die Mitberechtigung der Cassationsklägerin an der Benutzung der Simultankirche zu Mandel überhaupt, sondern nur die Art ihrer Ausübung streitig ist;

Daß wenn der A. G. H. hierbei die Klage gegen den Inhalt der Vorladung vom 26. März 1846 unrichtig aufgefaßt haben sollte, keine Verletzung eines Gesetzes vorliegen, sondern über einen andern, als den eigentlichen Streitgegenstand, erkannt, mithin nicht der Cassations-Recurs, sondern nur das im Art. 480 Nro. 3 u. 5 der B. P. O. bezeichnete Rechtsmittel zulässig seyn würde;

J. E. auf das zweite Cassationsmittel: daß die Frage, in welcher Weise zwei Kirchengemeinden das Benutzungsrecht bei einer Simultankirche auszuüben haben, in sofern diese Ausübung, wie hier, aus dem speciellen Titel der Verjährung hergeleitet und ein entgegenstehender Vertrag als nichtig angefochten wird, nach allgemeinen Grundsätzen und nach Art. 80 der Dekrets vom 30. Dezember 1809 als ein Streit über Vermögensrechte von den Gerichten zu entscheiden ist;

Daß die Dienstinstructionen für die Provinzialconsistorien vom 23. October 1817 §. 4 Nro. 3, und für die Oberpräsidenten vom 31. Dezember 1825 §. 2 Nro. 6 den Rechtsweg nicht ausschließen, da diesen Behörden eine Cognition über Vermögensrechte der Kirchengemeinden nirgends beigelegt ist;

Daß die Bestimmung des §. 311 des allg. Landrechts II. 11, welche für die Rheinprovinz nicht publizirt ist, keine Anwendung findet, und es der nothwendigen Einheit des innern Staatsrechts nicht widerspricht, wenn hier, wie bei andern Materien, die gerichtliche und administrative Competenz in den einzelnen Provinzen des Staates verschieden ist;

Daß demnach der A. G. H., indem er die Einrede der Incompetenz als begründet annahm, jene Dienstinstructionen unrichtig angewandt und

durch Anwendung der nicht publizirten Vorschriften des allg. Landrechts den §. 1 des Gesetzes vom 3. April 1846 verletzt hat, diese Entscheidung auch nicht, wie die Cassationsverklagte einwendet, durch die Art. 95 u. 98 der Verordnung vom 30. Dezember 1809 gerechtfertigt wird, da dieselben nur die Verpflichtung der Civilgemeinde hinsichtlich der Kirchenbauten und die hierauf sich beziehenden Anordnungen der Verwaltungsbehörden betreffen, dagegen nicht entfernt die Rechte berühren, welche den beiden Confessionen hinsichtlich der Benutzung einer Simultankirche zustehen.

Aus diesen Gründen

cassirt u. s. w., verwirft die Einrede der Incompetenz und verweist die Sache zur weitern Verhandlung vor den II. Senat des A. G. H.

Sitzung vom 30. October 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Frech. — Concl. H. G. P. Zähnigen.
Advokaten: HH. Dorn — Reusche.

Feldhüter. — Glaubwürdigkeit seines Protocolles über einen auf seinem Eigenthume verübten Frevel.

Das gehörig beeidigte Frevel-Protocoll eines Feldhüters hat, so lange kein Gegenbeweis geführt ist, bei Gericht vollen Glauben, wenn auch der dadurch constatirte Frevel auf dem Eigenthume des protocollirenden Feldhüters verübt worden ist. — Dieß ist um so mehr dann der Fall, wenn der Feldhüter sich nicht als Civilpartei constituirt hat und mithin sein Protocoll nur die öffentliche Klage begründen soll.

Ges. v. 28. September 1791. Art. 6 Absch. 7 Tit I. Art. 6 u. 154 Str. P. O.

Oeffentl. Ministerium — Schüller.

Die Ehefrau des Bergmannes Schüller zu Roettgen war zur Sitzung des Polizeigerichts zu Eschweiler vom 5. August 1848 unter der Anschuldigung geladen: am 25. Juli deff. J. im Röttgener Felde von einem Stücke des Christ. Stürtz Feldbohnen entwendet zu haben. — In der Sitzung wurde das Protocoll, welches der Eigenthümer des bestohlenen Feldes in seiner Eigenschaft als Feldgeschworener an demselben Tage aufgenommen und vor dem Bürgermeister beeidet hatte, verlesen. Die Beschuldigte stellte die Verübung des Frevels in Abrede; das öffentl. Ministerium nahm aber den Antrag, sie auf Grund des Art. 34 Gesetz vom 28. September 1791 und Art. 192 der Str. P. O. zu einer Geldbuße von 24 Sgr. und in die Kosten zu verurtheilen. Das Polizeigericht erwog indeß:

Daß die Beschuldigte in Abrede stellt, den Frevel verübt zu haben; daß als Beweis nur das Protocoll des Feldgeschworenen Christ. Stürtz vom 25. Juli d. J. vorliegt, worin derselbe bekundet, daß die

Beschuldigte auf seinem, des Feldgeschworenen eigenem, Grundstücke ihm Bohnen entwendet; daß aus letzterem Grunde und allgemeinen Rechtsregeln, da Niemand in eigener Sache vollgültiger Zeuge sein kann, diesem Protocolle der Glaube nicht beizumessen ist, den die Art. 16 u. 154 der Str. P. O. den Protocollen der Feldhüter beilegen:
erklärte demgemäß die Beschuldigte des ihr zu Last gelegten Frevels nicht überführt, und sprach sie von der Strafe frei.

Gegen dieses Urtheil legte das öffentl. Ministerium den Cassationsrekurs ein. Zur Rechtfertigung desselben wurde bemerkt, daß es ein Irrthum des Richters sey, wenn derselbe annehme, daß es sich von der eigenen Sache des Feldgeschworenen handle. Dieß sey nicht der Fall, da derselbe keine Entschädigungsforderung aufgestellt habe; es handle sich mithin nur von der Strafe. Der Stürtz sey von der Gemeinde Eschweiler als Feldgeschworener und gehörig vereidet. Die Anstellung solcher Feldgeschworenen oder Hüter durch die Gemeinden sey im Regierungsbezirk Aachen durch die Kgl. Regierung ausdrücklich anempfohlen und beruhe auf dem Abschnitt 7, Art. 1, Gesetz vom 28. September — 6. Oktober 1791. Als Feldhüter hätten nach Art. 6 eod. seine Protocolle in allen feldpolizeilichen Fällen, welche nur zu Geldreclamationen führten, vollen Glauben, vorbehaltlich des Gegenbeweises. Bloßes Ableugnen könne diesen Gegenbeweis nicht ersetzen. Ein Urtheil des Pariser Cassationshofes habe sogar in dem Falle die Glaubwürdigkeit des Protocolles aufrecht erhalten, wo der Beschuldigte ein Bruder des Feldhüters gewesen; kein Gesetz aber verhindere ihn, auch bei seinem Eigenthume sein Amt auszuüben; vielmehr sey es nach Art. 4 Gesetz vom 20. Messidor III. jedem Privatmanne gestattet, einen Feldhüter anzustellen; und wenn dieser als Diener eines Privaten bei dessen Eigenthum sein Amt ausüben könne, so müsse dieß noch vielmehr dem Feldhüter bei seinem eigenen Felde zustehen.

Der Rh. Revisions- und Cassationshof erkannte hierauf, wie folgt:

I. E., daß durch das Urtheil des Polizeigerichts zu Eschweiler vom 5. August d. J. festgestellt ist, daß das am 28. Juli c. niedergeschriebene und an demselben Tage gehörig beeidigte Protocoll des Feldgeschworenen Christ. Stürtz verlesen worden, nach welchem er die Beschuldigte an demselben Tage in seinem eigenen Felde betroffen, als sie eine halbe Schürze voll Bohnen entwendet;

Daß zwar die Beschuldigte den Frevel geleugnet, jedoch keinen Gegenbeweis geführt oder angeboten hat;

I. E., daß zufolge Art. 6 Absch. 7 Tit. 1 Gesetz vom 28. September 1791 die gehörig beeidigten Protocolle der Feldhüter vollen Glauben bei Gericht haben, so lange kein Gegenbeweis geführt ist;

Daß hiebei keine Ausnahme gemacht ist, und also auch nicht die, wenn der Feldhüter Eigenthümer des bestohlenen Feldes ist;

Daß derselbe sich auch nicht als Civilkläger bestellt oder einen Antrag auf Entschädigung genommen hat, und mithin sein Frevelprotocoll nur die Begründung der öffentlichen Klage gewährt;

I. E., daß daher das Urtheil des Polizeigerichts, indem es ohne Annahme factischer Gegenbeweise und blos aus dem Grunde, weil Niemand in eigener Sache Zeuge seyn könne, die Beschuldigte freisprach, den angeführten Art. 6 u. den Art. 154 der Str. P. O. verletzt hat;

I. E., jedoch u. s. w. (hier folgt der Erwägungsgrund, daß der Hof in der Sache selbst nicht entscheiden könne, weil die zu erkennende Geld-

strafe nach Art. 34 Gesetz vom 28. September 1791 dem verursachten Schaden gleichkommen solle, dieser aber in dem Protocolle nicht festgestellt sey.)

Aus diesen Gründen

und eingesehen die Artikel u. s. w. cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Eschweiler vom 5. August d. J., verordnet u. s. w. und verweist die Sache zur weitern Verhandlung an das Polizeigericht zu Düren.

Sitzung vom 6. November 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Schnaase — Concl. H. G. P. Jähnigen.

Disciplinar-Sache. — Civil-Sache. — Cassationsrecurs. Form. — Unannehmbarkeit.

In Disciplinar-Sachen, welche im Wesentlichen nach den für Civilsachen bestehenden Formen zu verhandeln sind, muß auch der Cassationsrecurs nach diesen Formen ergriffen werden. Daher ist derselbe unannehmbar, wenn er nach der für Strafsachen vorgeschriebenen Weise auf dem Secretariate des A. G. H. angemeldet worden.

Reglement vom 28. Juni 1738, Art. 1, 2, 40, Tit. 4, Theil 1. Ges. vom 14. Therm. J. III, Art. 440, 441 des Ges. vom 3. Brum. J. IV. Art. 417 der Cr. P. O. Not. Ordn. vom 25. April 1822, Ges. vom 21. Juli 1826 und 7. Juni 1844. — Ges. vom 13. October 1843 §§. 1 — 3.

I. Fall.

Gerichtsschreiber N. N. — Oeffent. Ministerium.

Der Gerichtsschreiber N. N. war von dem Landgerichte zu Coblenz wegen wiederholter Disciplinar-Vergehungen seines Amtes entsetzt worden, und der A. G. H. hatte diese Entscheidung durch sein Urtheil vom 23. Mai 1848 bestätigt. Von dem letztern ergriff der Condemnat den Cassationsrekurs, den er in der im Art. 417 der Str. P. O. vorgeschriebenen Form auf dem Secretariat des A. G. H. anmeldete. Diese Recursform wurde als unzulässig erachtet. Hier das

Urtheil:

J. E., daß nach dem Reglement vom 28. Juni 1738, Art. 1, 2, 40 Tit. 4, Theil 1 der Cassationsrekurs ohne Unterschied zwischen Civil- und Strafsachen durch eine von einem Anwalt unterzeichnete Vorstellung angemeldet werden soll, — daß diese Vorschrift zwar für Strafsachen durch das Gesetz vom 14. Thermidor III, und die Art. 440 und 441 des Gesetzes vom 3. Brumaire IV und den Art. 417 der Cr. P. O. dahin abgeändert ist, daß eine von dem Cassationskläger auf dem Secretariat des Gerichts, von welchem das angegriffene Urtheil erlassen worden, abzuge-

bende Erklärung an die Stelle jener Einführungsschrift treten solle, daß aber Disciplinarsachen, wie die vorliegende, in dem Verfahren nicht den letzteren gleichzustellen, sondern den Bestimmungen des Gesetzes vom 25. April 1822, 21. Juli 1826 und 7. Juni 1844 zufolge im Wesentlichen in den für Civilsachen bestehenden Formen zu verhandeln sind, daher hier die allgemeine nicht aufgehobene Vorschrift des Reglements von 1738 zur Anwendung kommt und der Rekurs des Cassationsklägers, welcher am 24. Mai d. J. auf dem Secretariate des A. G. H. und nicht durch Vorstellung eines Anwaltes angemeldet worden, unannehmbar erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den Rekurs gegen das Urtheil des Kgl. A. G. H. zu Köln vom 23. Mai d. J. als unannehmbar u. s. w.

Sitzung vom 25. September 1848.

II. Fall.

Oeffentl. Ministerium — Notar N. N.

Gegen den Notar N. N. war eine Disciplinaruntersuchung wegen verschiedener Verstöße gegen die Notariats-Ordnung eingeleitet, und unter andern gerügt, daß in 47 Acten, von denen jedoch später 4 wegfielen, die ausdrückliche Erwähnung des Notars fehle, daß ihm die Parteien nach Namen, Stand und Wohnort bekannt seyen.

Der Beschuldigte erklärte, sämmtliche criticirte Akte beträfen Versteigerungen, er habe geglaubt, daß es bei diesen nicht erforderlich, die Bekanntschaft der Parteien zu erwähnen, und sey er in dieser Ansicht dadurch bestärkt, daß bei früheren Revisionen das jetzt als Verstoß Bezeichnete niemals gerügt worden. Das Landgericht zu Saarbrücken nahm indessen eine Uebertretung der Vorschrift des Art. 24 der Notariats-Ordnung vom 25. April 1822 für erwiesen an, und verurtheilte den Beschuldigten durch Urtheil vom 23. Dezember 1847 zu einer Geldbuße von 25 Thlr.

Das öffentl. Ministerium appellirte, weil der Beschuldigte nicht zu dem 43fachen Betrage dieser Strafe, also zu Zahlung der Summe von 1075 Thlr. verurtheilt worden sey. Der A. G. H. hat indessen durch sein Urtheil vom 4. März 1848 diese Berufung verworfen.

Der General-Prokurator bei dem Kgl. A. G. H. zu Köln hat den Cassationsrekurs am 6. März auf dem Secretariate des A. G. H. angemeldet und zu dessen Rechtfertigung eine Cassations-Denkschrift eingereicht.

Auch der Cassationsverklagte hat eine Schrift überreicht, in welcher er die Gründe der Instanzrichter näher entwickelt, und ihre Richtigkeit auszuführen sich bemüht.

Eine zweite Exceptionsschrift hat der Vertheidiger des Cassationsverklagten am 29 September 1848 zum Secretariate präsentirt, in welcher er nachträglich die Einrede der Unannehmbarkeit des Rekurses geltend macht, weil der General-Prokurator denselben in der Form des Art. 417 seq. der Cr. P. O. eingelegt habe, Disciplinarsachen aber, wie der Cassationshof am 25. v. M. in der Sache: — den Gerichtschreiber N. N. anerkannt, als Civilsachen betrachtet werden müßten. Der Umstand, daß das öffentliche Ministerium den Rekurs ergriffen habe, könne von Beobachtung

der für Civilsachen vorgeschriebenen Formen nicht entbinden, der §. 16 des Gesetzes vom 7. Juni 1844 stelle diese gerade durch die Ausnahme als Regel fest. Möge daher der General-Prokurator auch keines Anwalts bedürfen, so müsse doch in allen übrigen Punkten die Denkschrift den Bestimmungen des Gesetzes vom 13. October 1843 entsprechen; hier sey sie nicht auf dem Secretariate des Cassationshofes präsentirt, enthalte nur summarisch die Angabe eines Cassationsmittels, welcher Mangel nicht durch eine spätere, überhaupt unzulässige Denkschrift ersetzt werden könne; es sey Ausfertigung resp. Abschrift des zugestellten Urtheiles nicht beigefügt, der Cassationsverklagte sey nicht binnen gesetzlicher Frist geladen. Man könne nicht sagen, daß durch die erwähnte spätere Denkschrift die Frist gewahrt, die Erwirkung der Ordonnanz noch nachzuholen sey, denn sie kündige sich nur als Rechtfertigungsschrift an, sey auf dem Secretariate nicht niedergelegt, enthalte keine Vorladung, und es laborire sogar die Zustellung an Nichtigkeiten, denn der hierbei überreichten Copie des Zustellungs-Actes fehle ein nothwendiges Requisit, die Unterschrift des Gerichtsvollziehers, auch sey sie erfolgt auf Anstehen des öffentlichen Ministeriums zu Saarbrücken, sey daher nach Carré Nro. 305bis und 281 in doppelter Beziehung nichtig. Endlich sey die Einrede auch nicht verspätet, denn obwohl bereits ein Referent ernannt worden, setze doch §. 8 des Gesetzes vom 13. Oktober 1843 eine stattgefundene Vorladung des Cassationsverklagten voraus, auch gehöre die Einrede nach der Ansicht des Hofes (wie es scheine) zu den von Amtswegen zu prüfenden. Der Antrag wird dahin gerichtet: Der Hof wolle den eingelegten Rekurs als unannehmbar verwerfen.

Urtheil:

J. E., daß der Cassationskläger seinen Rekurs in den Formen des Art. 417 der Cr. P. O. eingelegt und diesen Rekurs nicht zurückgezogen hat, vielmehr die spätere Cassationsschrift nur als Fortsetzung des eingelegten Rekurses, wie sie der Art. 422 gestattet, betrachtet werden kann, mithin auch nur über diesen Rekurs zu erkennen ist;

Daß Disciplinarsachen in Beziehung auf die Formen des Verfahrens als Civilsachen zu betrachten sind, wie dies auch in dem Gesetze vom 7. Juni 1844 §. 16 anerkannt wird;

J. E., daß in dem vorliegenden Falle diese Formen, insbesondere die Vorschriften der §§. 1—3 des Gesetzes vom 13. Oktober 1843 nicht beobachtet worden sind.

Aus diesen Gründen

weiset der Kgl. Revisions- und Cassationshof den von dem General-Prokurator des Rh. A. G. H. gegen das Urtheil dieses Gerichtshofes vom 4. März 1848 eingelegten Cassationsrekurs als unannehmbar zurück.

Sitzung vom 2. Oktober 1848.

Ref. H. G. O. R. R. von Oppen — Concl. H. G. P. Jähnigen. Advokat: H. Dorn.



Theilung der Eltern unter ihre Kinder. — Lästige Verträge. — Verträge über die Erbschaft eines Lebenden. — Uebernahme lebenslänglicher Leistungen bei Gelegenheit einer solchen Theilung.

Elterliche Theilungen können auch durch lästige Verträge bewirkt werden, und sind alsdann nur nach den für solche Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften zu beurtheilen.

Verträge, durch welche nicht das Erbrecht ganz oder theilweise, sondern nur einzelne Vermögensstücke übertragen resp. erworben werden, gehören nicht zu den verbotenen Verträgen über die Erbschaft eines Lebenden.

Der Art. 918 des B. G. B. ist in seiner Anwendung nicht auf den Fall beschränkt, daß die auf die Lebensdauer des Veräußernden stipulirten Leistungen die einzige Last des Erwerbers sind. Ebenso wenig fällt aber auch jede Veräußerung, bei welcher irgend eine auf die Lebensdauer des Veräußernden beschränkte Leistung vorkommt, unter die in diesem Artikel aufgestellten Kategorien. Vielmehr ist es im einzelnen Falle Sache der factischen Prüfung und Auslegung zu beurtheilen, ob nach der Natur der gemischten, theils bestimmten, theils unbestimmten, Leistungen anzunehmen sey, daß die Letztern dergestalt vorherrschend seyen, daß sie das Wesen des Vertrages bestimmen.

Die Einwilligung der Miterben, in Folge deren im Falle des Art. 918 der Anspruch auf den Rapport wegfallen soll, muß nicht nothwendig eine ausdrückliche seyn, sondern kann auch aus nachfolgenden Handlungen geschlossen werden.

Tollmanns — Tollmanns.

Gegen das oben Abth. 1, S. 61 flgd. mit den erforderlichen factischen Erläuterungen mitgetheilte Urtheil des A. G. H. vom 3. Januar 1848 ergriffen die Hauptappellaten, Georg Tollmann u. Cons. den Cassations-Rekurs. Sie machten dabei fünf Cassationsmittel geltend, von denen jedoch das letzte kein besonderes Interesse gewährt und daher hier übergangen werden mag.

Erstes Cassationsmittel. Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 1075 bis 1081 und 932 des B. G. B. Nach dem Inhalte des Vertrages könne kein Zweifel stattfinden, daß die Absicht des Diederich Tollmann dahin gegangen, sein Vermögen unter seine sämmtlichen Kinder zu vertheilen, wie dies auch der A. G. H. ausdrücklich anerkenne. Es liege daher dem Wesen und der Wirklichkeit nach eine Divisio parentum inter liberos vor. Eine solche könne aber nach Art. 1075 ff. nur in der

Form der Schenkungen unter Lebenden oder in der des Testaments geschehen, nicht aber in der Form eines lästigen Vertrages. Den Satz, welchen man bei Schenkungen angenommen, daß eine in einen simulirten Kaufvertrag eingekleidete Schenkung ob defectum formae nicht nichtig sey, könne man (wenn man ihn auch generalisiren wolle), hier nicht anwenden, weil keine Simulation, sondern ein ganz offener Demissions-Vertrag vorliege; ein solcher aber sey unstatthaft. Es handele sich hier nicht um einen bloßen Mangel der Form, sondern um den Mangel eines essentiale des Geschäfts. Die Natur der divisio parentum inter liberos sey, daß eigentlich die Intestaterbfolge eintrete, die einzelnen Sachen aber wie Prälegate vertheilt würden. Die Pflicht, sich eine solche Vertheilung gefallen zu lassen, könne abgesehen von dem Testamente, nur vertragsmäßig, mithin durch Annahme von Seiten sämmtlicher Kinder erfolgen; es sey daher essentiell, daß sämmtliche Kinder bei dem Acte concurrirten, und in Ermangelung dessen der Act nichtig, wie dies auch die Jurisprudenz in mehreren Fällen angenommen habe.

Der Cassationsverklagte entgegnet zunächst im Allgemeinen, daß die angegriffene Entscheidung eigentlich durchaus factischer Natur sey. Der Appellations-Richter habe festgestellt, daß ein lästiger Vertrag vorliege, der aber gesetzlich als Schenkung zu behandeln sey, weil die Veräußerung an einen in gerader Linie zur Erbschaft Berufenen, unter Stipulirung gewisser auf die Lebenszeit des Veräußerers beschränkten Leistungen erfolgt sey. Er habe ferner festgestellt, daß die Einwilligung der übrigen in gerader Linie zur Erbschaft Berufenen vorliege. Das Urtheil sey daher gegen jede Cassation gesichert.

Speciell in Beziehung auf das erste Cassationsmittel bemerkt er, daß dasselbe auf einer Begriffsverwechselung beruhe. Wenn auch der Vater bei jenem Vertrage eine Theilung seines Vermögens unter seine Kinder bezweckt habe, so sey das Mittel zu diesem Zwecke der Uebertragsvertrag gewesen und die rechtliche Natur dieses letzten Vertrages sey von jenem factischen Motive ganz unabhängig. Der Uebertragsact habe zwischen ihm und dem Cassationsverklagten allein ganz füglich geschlossen werden können, weil nur dieser dadurch die im Vertrage bezeichneten Vermögensstücke übernahm. Wenn nun dabei neben jener Uebertragung auch die Delegation verschiedener Leistungen und Zahlungen an die Geschwister vorkam, so könnten vielleicht diese Zuweisungen wegen Nichtconcurrenz derselben ungültig seyn, doch würde hieraus noch nicht die Ungültigkeit des Uebertrags folgen. Die Vertheilung, welche diesen Zuweisungen zum Grunde liegt, sey aber, wie auch der Richter erster Instanz ausdrücklich bemerkt, gar nicht angefochten, und könne auch nicht angefochten werden, da sie alle Kinder gleichstelle.

Zweites Cassationsmittel. Verletzung der Art. 791, 1130, und 1690 des B. G. B., durch welche Verträge über die Erbschaft eines Lebenden selbst mit dessen Einwilligung für nichtig erklärt werden.

Der Vertrag werde von den Contrahenten selbst als eine Demission bezeichnet; er sey mithin ein Erbvertrag eine succession anticipée, wie man solche Verträge in Frankreich bezeichnet. Durch das Dekret vom 17. Nivose J. II seyen solche Dispositionen auf den Todesfall für ungültig erklärt. Das B. G. B. erwähne der Demissions-Verträge nicht,

allein sie könnten auch hier nicht bestehen, weil sie gegen das Verbot, nicht über die Erbschaft Lebender zu contrahiren, verstießen.

Der Cassations-Verklagte erwidert: der Vertrag sey, ungeachtet der irrigen Bezeichnung der Parteien (auf welche es nicht ankomme) kein Demissions-Vertrag im technischen Sinne des älteren Rechtes. Denn ein solcher setze voraus, daß die Disposition die Universalität treffe und daß er widerruflich sey, was Beides hier nicht der Fall. Nach seinem materiellen Inhalte widerstreite er jenen Gesetzen nicht.

Drittes Cassationsmittel. Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 918 und 1352 des B. G. B. und des Art. 26 des Gesetzes vom 17. Nivôse J. 2. Der Art. 918 sei eine singuläre, daher nicht ausdehnend zu erklärende Verfügung. Er spreche von aliénations à fonds perdu, denn dies sei das genus der darin aufgeführten speciellen Vertragsarten. Der Gegensatz der alienation á fonds perdu sei das commutative Geschäft. Ein solches liege aber hier vor, da der Erwerber eine bedeutende Summe 10800 Thaler Clev. zu zahlen habe.

Darauf erwidert der Cassationsverklagte: Der Vertrag sei allerdings ein gemischtes Geschäft, indem die Veräußerung theils à fonds perdu, theils gegen ein Kapitalsäquivalent erfolgt sey. Daß aber eine solche Vermischung nicht hindere, den Vertrag unter den Art. 918 zu subsumiren, sei in mehreren Urtheilen angenommen und gehe selbst aus dem Gesetze hervor. Denn dasselbe unterstelle einen lästigen Vertrag, der nur wie eine Schenkung behandelt werde. Es spreche zugleich aber auch von Veräußerungen avec réserve d'usufruit. Diese würden aber wenn nicht irgend eine Kapitalsleistung des Erwerbers hinzukomme, reine Schenkungen des nackten Eigenthums sein. Kein Gesetz spreche auch aus, in welchem Verhältnisse die auf die Lebensdauer des Veräußernden beschränkten Leistungen zu den etwanigen andern stehen müssen, damit die Veräußerung noch als à fonds perdu gelten könne. Es finde also in dieser Beziehung nur eine factische Auslegung statt, welche kein Gesetz verletzen könne.

Viertes Cassationsmittel. Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 918, 791, 1130, 1338, 1340, des B. G. B.

Auch der zweite Theil des Art. 918 sei verletzt, indem der Appellations-Richter eine Einwilligung der Cassationskläger in jenen Uebertragsact deducirt habe. *Consentir* heiße hier ausdrücklich einwilligen. Der Art. 26 des Gesetzes vom 17. Nivôse Jahres II erfordere sogar intervenir et consentir und aus den Diskussionen ergebe sich, daß der Gesetzgeber beabsichtigt habe, diese Einwilligung des älteren Gesetzes beizubehalten. Die dieser Einwilligung beigelegte Kraft sei eine Ausnahme von den Verbotsgesetzen der Verzichtleistung auf die Erbschaft eines Lebenden. Es sei daher bemerkenswerth, daß hier nicht, wie im Art. 1340 neben der Einwilligung auch die freiwillige Vollziehung erwähnt sei, und müsse man diese hier für ausgeschlossen halten.

Cassationsverklagter erwidert darauf: Ein Consentement könne auch durch Handlungen gegeben werden, diese allgemeine Regel müsse auch in dem Falle des Art. 918 gelten. Die Art. 1338 und 1340 gehörten nicht hierher, weil hier nicht von einer Confirmation oder Ratification, sondern von einem Consense die Rede sey, sie könnten daher nicht verletzt sein.

Die Feststellung der Einwilligung durch den Instanzrichter sei übrigens

eine factische. Endlich liege aber wenigstens rücksichtlich der Gertrud Tollmann und ihres Ehemannes Gerhard Lentzen eine ausdrückliche Einwilligung vor.

Urtheil:

I. Auf das erste Cassationsmittel. Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 1073—1081 des B. G. B.

J. E., daß, nach der Feststellung des Appellationsrichters, der Vertrag vom 11. April 1823 ein lästiger Vertrag war, durch welchen Diederich Tollmann seinem Sohne, dem jetzigen Cassationsverklagter, den Tollmannshof zum sofortigen, unwiderruflichen Eigenthume übertrug, gegen dessen Verpflichtung zu verschiedenen Zahlungen und Leistungen an seine Geschwister, sowie zur Gewährung einer Leibzucht für den Vater; daß zwar ferner nach derselben Feststellung die Geldzahlungen und Leistungen zu Gunsten der übrigen Kinder des Uebertragenden in einer Weise ausbedungen sind, welche keinem Zweifel darüber Raum giebt, daß die Absicht des Letztern dahin ging, sein Vermögen unter seine sämmtlichen Kinder zu vertheilen;

J. E., daß eine solche, zumal von einem der Contrahenten einseitig gehegte Absicht, durch das Mittel eines abzuschließenden Vertrages einen ferneren Zweck zu erreichen, die Natur dieses Vertrages nicht ändert, daß die Form dieses Vertrages ausschließlich nach dieser seiner eigenen rechtlichen Natur, und nicht nach jener Absicht zu beurtheilen ist, und ebenso seine materielle Gültigkeit nur von seinem wirklichen Inhalt abhängt;

J. E., daß hiernach der Vertrag vom 11. April 1823 für den Cassationsverklagten und seinen Vater eine Uebertragung des Eigenthumes gegen Uebernahme gewisser Zahlungen und Leistungen, mithin einen Kaufvertrag bildete;

Daß die nicht zugezogenen Geschwister in Beziehung auf denselben als Dritte erscheinen, auf welche der Vertrag an sich keine Wirkung ausübte (Art. 1165), für welche jedoch darin Vortheile stipulirt waren (Art. 1121), deren Annahme die ursprünglichen Contrahenten banden;

J. E., daß mithin der erwähnte Vertrag keine Theilung der Eltern unter den Kindern darstellt und nicht nach den für solche Rechtsgeschäfte gegebenen Vorschriften beurtheilt werden darf, daß auch in Beziehung auf den Vertrag vom 29. Juni 1819 ganz dasselbe gilt;

Daß also der Appellations-Richter die Art. 1075 bis 1081 des B. G. B. nicht verletzt haben kann, da sie nicht anwendbar waren.

II. Auf das zweite Cassationsmittel. Verletzung der Art. 791, 1130 und 1600 des B. G. B.

J. E., daß zwar in dem Vertrage vom 11. April 1823 die Parteien sich des Ausdruckes bedienen, daß die Uebertragung unter dem Titel einer Demission geschehen;

Daß jedoch die Gültigkeit der Verträge nicht von den von den Parteien gebrauchten juristischen Ausdrücken, sondern ausschließlich davon abhängt, ob ihr Inhalt den bestehenden Gesetzen entspricht;

Daß die Art. 791, 1130 und 1600 des B. G. B. zwar Verträge über die Erbschaft eines Lebenden und namentlich Entsagungen und Veräußerungen derselben verbieten, daß jedoch dadurch nur solche Verträge betroffen werden, welche das Erbrecht ganz oder theilweise, nicht aber solche, welche

einzelne Vermögensstücke zum Gegenstande haben, obgleich diese dadurch der künftigen Erbschaft entzogen werden:

Daß die Verträge vom 29. Juni 1819 und 11. April 1823 der letzten Art sind und mithin der Anwendung der citirten Artikel nicht unterliegen.

III. Auf das dritte Cassationsmittel. Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 918 und 1352 des B. G. B., sowie des Art. 26 des Gesetzes vom 17. Nivôse J. II.

J. E., daß der Art. 918 des B. G. B. von Veräußerungen an präsumtive Erben directer Linie spricht, welche gegen eine Leibrente oder gegen andere auf die Lebensdauer des Veräußernden beschränkte Leistungen oder unter Vorbehalt des Nießbrauches erfolgt sind; daß er keine ausdrückliche Erklärung darüber enthält, ob seine Anwendung auf den Fall beschränkt ist, daß diese Leistungen oder dieser Nießbrauch die einzige Last des Erwerbers sind, oder ob sie auch bei dem Hinzutreten anderer Gegenleistungen Statt findet;

J. E., daß die in diesem Artikel enthaltene Bestimmung singulärer Natur ist, und Ausnahmen von andern gesetzlichen Regeln feststellt; daß sie daher nicht ausdehnend erklärt werden darf, daß es aber eben sowenig zulässig ist, eine im Gesetze nicht ausgesprochene Beschränkung hineinzulegen;

Daß dies aber der Fall sein würde, wenn man bei der Erwähnung der bezeichneten Stipulationen das Wort: ausschließlich oder allein suppliren wollte;

Daß daher schon nach logischer Auslegung des Gesetzes der Fall der Verbindung anderer, mit den bezeichneten Leistungen von der Anwendung desselben nicht unbedingt ausgeschlossen ist;

J. E., daß ferner, wenn eine solche Beschränkung hineingelegt werden dürfte, dieselbe ebensowohl die Veräußerung unter Vorbehalt des Nießbrauches, wie die beiden anderen Leistungen des Annehmenden betreffen würde;

Daß aber eine Veräußerung allein mit Vorbehalt des Nießbrauches die einer Schenkung des nackten Eigenthums darstellt;

Daß solche aber den Vorschriften der Art. 843, 844 des B. G. B. unterliegen, welche von denen des Art. 918 abweichend und mit ihnen unvereinbar sind;

J. E., daß ferner nach der in den Diskussionen ausgesprochenen legislatorischen Absicht der Art. 918 bezweckte, die Umgehung derjenigen Vorschriften zu verhüten, welche Begünstigungen einzelner Erben direkter Linie zum Vortheile der anderen verhindern sollten;

Daß eine solche Umgehung sehr leicht sein würde, wenn die Hinzufügung einer anderen als der im Art. 918 erwähnten Leistungen die Anwendung des Artikels ausschlösse;

J. E., daß die anderweitigen, allgemeineren Vorschriften, deren Umgehung der Art. 918 verhüten sollte, im Art. 843 und 853 enthalten sind;

Daß daher der Art. 918 sich auf die von beiden Gesetzen nicht betroffenen Verträge bezieht;

Daß der Art. 843 von wirklichen Schenkungen spricht, der Art. 853 aber von lästigen Verträgen, welche dem contrahirenden Erben Vortheile gewährt haben, und daß dieser dabei unterscheidet, zwischen solchen Ver-

trägen dieser Art, welche schon bei ihrer Errichtung indirecte Vortheile erweislich darboten (présentaient) und solchen, bei denen dies nicht der Fall war;

Daß daher der Art. 853 die Umgehung der im Art. 843 für freigebige Verfügungen gegebenen Vorschriften in allen den Fällen genügend verhütet, wo die Prüfung des Vertrages in der Beziehung Statt finden kann, ob er schon zur Zeit seiner Errichtung indirecte Vortheile enthielt;

Daß hiernach nur bei solchen Verträgen der Art. 853 unzureichend blieb, wo der Erfolg zur Zeit der Errichtung unsicher war, mithin bei aleatorischen Verträgen;

Daß hiernach der Zweck des Art. 918 gegen aleatorische Verträge gerichtet ist;

Daß aber die aleatorische Natur eines Geschäftes dadurch nicht ausgeschlossen wird, wenn den auf die Lebensdauer eines Menschen beschränkten und mithin unsichern, andere bestimmte Leistungen hinzugefügt sind;

J. E., daß es nach allen diesen Gründen dem Zwecke des Gesetzgebers entgegenlaufen würde, wenn man die Anwendbarkeit des Art. 918 bei solchen gemischten Geschäften unbedingt ausschließen wollte;

Daß jedoch ebensowenig jede Veräußerung bei welcher irgend eine auf die Lebensdauer des Veräußernden beschränkte Leistung vorkommt, unter die in diesem Artikel aufgestellten Kategorien zu rechnen ist;

Daß es vielmehr von der factischen Prüfung und Auslegung der Verträge abhängt, ob nach der Natur der gemischten, theils bestimmten, theils unbestimmten Leistungen anzunehmen ist, daß die letzten dergestalt vorherrschend sind, daß sie das Wesen des Vertrages bestimmen; daß die Feststellung darüber ausschließlich in den Attributionen des Instanzrichters liegt und kein Cassationsmittel darbietet;

J. E., daß hiernach der Art. 918 nicht, ebensowenig aber der Art. 1352 des B. G. B. verletzt ist, da der Appellations-Richter ganz der Vorschrift des Gesetzes gemäß die im Art. 918 aufgestellte praesumtio juris et de jure beachtet und keinen Gegenbeweis dagegen zugelassen hat;

Daß endlich von einer Verletzung des Art. 26 des Gesetzes vom 17. Nivôse des Jahres II nicht die Rede sein kann, da dieses Gesetz durch den Art. 918 aufgehoben ist.

IV. Auf das vierte Cassationsmittel. Verletzung resp. falsche Anwendung der Art. 918, 791, 1130, 1338, 1340,

J. E., daß der Art. 918 ferner diejenigen Miterben, welche in die darin besprochene Veräußerung eingewilligt haben, von der Geltendmachung der ihnen darin verliehenen Rechte ausschließt;

Daß der gedachte Artikel keine nähere Bestimmung oder Beschränkung darüber enthält, wie die Einwilligung ausgedrückt sein müsse;

Daß daher der Appellations-Richter, wenn er von dem Rechtssatze ausging, daß diese Einwilligung auch aus nachfolgenden Handlungen geschlossen werden könne, kein Gesetz verletzte;

Daß seine Annahme, daß sowohl aus den Quittungen der übrigen Geschwister des Cassationsverklagten, als aus der notariellen Quittung

der Eheleute Lentzen eine solche Einwilligung gefolgert werden müsse, rein factischer Natur ist und der Abänderung im Wege der Cassation nicht unterliegt;

Daß mithin der Art. 918 nicht verletzt ist und übrigens weder die Art. 791, 1130 und 1340, welche Regeln enthalten, von denen der Art. 918 eine Ausnahme begründet, noch der Art. 1338, welcher von einem hier gar nicht vorhandenen Falle spricht, verletzt sein können.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königliche Revisions- und Cassationshof den wider das Urtheil des Appellationsgerichtshofes vom 3. Januar dieses Jahres angebrachten Cassations-Recurs als ungegründet und verurtheilt die Cassationskläger in die Geldbuße und in die Kosten.

Sitzung vom 11. Dezember 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl. H. G. P. Jähnigen.

Verlesung schriftlicher Zeugenaussagen. — Discretionaire Gewalt des Assisenpräsidenten.

Der Assisenpräsident ist Kraft seiner discretionairen Gewalt befugt, die Verlesung der schriftlichen Aussage eines ausgebliebenen Zeugen zu verordnen, selbst wenn unmittelbar vorher der Assisenhof die Verlesung der gedachten Aussage für nicht zulässig erachtet haben mag.*)

Mendelssohn — Oeffentl. Ministerium.

Arnold Mendelssohn wurde am 11. Februar 1848 durch die Geschwornen für schuldig erklärt, am 21. August 1846 im Gasthofe zum Mainzer Hofe in Köln, während er dort als Gast aufgenommen war, der Baronin von Meyendorf eine Kassette, Gold, Schmucksachen, Briefschaften und andere Gegenstände enthaltend, in Gemeinschaft mit einer andern Person gestohlen zu haben. Der Assisenhof verurtheilte in Folge dessen den Angeklagten unter Anwendung des Art. 386 Nro. 1 und 4 zu einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren.

Bei der Verhandlung der Sache waren drei als Belastungszeugen designirte Personen: die Baronin von Meyendorf, das Kammermädchen Sieczewski und der Kammerdiener Robin, nicht erschienen, auch konnte das öffentl. Ministerium die Ladungsacte nicht vorlegen, weil die Zeugen im Auslande sich aufhielten und von den dortigen Behörden noch keine Antwort auf die diesseitige Requisition ergangen war. Das öffentl. Ministerium beantragte unter diesen Umständen:

> auf Grund des §. 4 Absch. 7 der Gouvernementsverordnung vom 14. October 1814 die in der Voruntersuchung schriftlich abgegebenen Aussagen jener Personen zu verlesen.

Eventualiter erklärte das öffentl. Ministerium, auf jene Personen, als Zeugen, verzichten zu wollen, wobei es die Hoffnung aussprach, der

*) Vergl. Arch. 41. 2A. 17, Anm. 1.

Präsident werde Kraft seiner discretionairen Gewalt die Verlesung der schriftlichen Aussagen verordnen.

Die Vertheidiger des Angeklagten erklärten, gegen die Verlesung nichts einzuwenden. Der Assisenhof erwog, daß keiner der im §. 4 der gedachten Gouvernementsverordnung vorgesehenen Fälle vorliege, in welchen die Verlesung schriftlicher Aussagen zulässig sey. Er verbot daher die beantragte Verlesung. Hierauf gebot der Präsident dieselbe unter Berufung auf seine discretionaire Gewalt. Die Vorlesung erfolgte daher.

Auf dieses Sachverhältniß gründete der Angeklagte ein Cassationsmittel.

Dem Präsidenten sey zwar — so sagte der Anwalt des Angeklagten — ein pouvoir discrétionnaire eingeräumt, nicht aber ein pouvoir arbitraire. Innerhalb gewisser Schranken müsse sich derselbe nothwendig halten; es könne ihm nicht gestattet sein, rein willkührlich jedes beliebige, gerade nach seiner individuellen Auffassung zur Aufklärung der Sache geeignet erscheinende Mittel in Anwendung zu bringen. Hierüber walte kein Zweifel ob; die Schwierigkeit liege blos darin, diejenige Grenzlinie aufzufinden, welche der Präsident nicht überschreiten dürfe.

Gewiß sey, daß der Präsident keine Maaßregel anordnen dürfe, welche das Gesetz ausdrücklich verbietet. So z. B. dürfe der Präsident die von ihm im Interesse der Aufklärung der Sache vorgeforderten Zeugen unter keinen Umständen eidlich vernehmen, selbst wenn ihm die Vereidung im Interesse der Aufklärung der Sache noch so wünschenswerth erscheinen möchte. Er dürfe dies nicht, weil die spezielle Bestimmung des Art. 209 der Str. P. O. entgegenstehe. Sey also der Präsident nicht befugt, eine Maaßregel anzuordnen, welche das Gesetz geradezu verbietet, so dürfe er auch nichts vornehmen, wodurch indirect dasjenige herbeigeführt würde, was das Gesetz gerade vermieden wissen wolle. Verordne z. B. der Art. 446 der Str. P. O., daß die wegen falschen Zeugnisses verurtheilten Zeugen in dem neuen Verfahren gegen den frühern Verurtheilten nicht gehört werden dürfen, so könne der Assisenpräsident dies Verbot nicht umgehen, indem er Kraft seiner discretionairen Gewalt die Zeugen wenigstens uneidlich höre.

Sey der Grundsatz richtig, daß der Präsident nichts vornehmen dürfe, wodurch indirect dasjenige herbeigeführt wird, was das Gesetz vermieden wissen will, so bleibe nur darzuthun, daß im vorliegenden Falle nach der bestehenden Gesetzgebung die schriftliche Aussage der nicht vorgeladenen Zeugen Meyendorf, Cieczewski und Robin überhaupt nicht gegen den Angeklagten benutzt werden durfte, weder um die Stelle der mündlichen Aussage zu vertreten, noch um renseignemens im Sinne des Art. 269 der Str. P. O. zu liefern.

Die Richtigkeit dieser Behauptung ergebe sich aus nachfolgenden Gründen:

Grundprinzip unseres Strafprozesses bleibe, daß die Verhandlung eine mündliche sey, daß jeder Zeuge, wie der Art. 317 es ausdrückt: „oralement“ in der Audienz zu deponiren habe. Von jenem Grundsatze kenne bereits die Strafprozeßordnung eine Ausnahme. Prinzen und Prinzessinnen von kaiserlichem Geblüt, Großwürdenträger des Reiches und der Justizminister sollten der Regel nach, andere Minister und Großoffiziere der Krone könnten in gewissen Fällen *par écrit*

deponiren (Art. 510 bis Art. 517 der Str. P. O.) Die niedergeschriebene Aussage werde dann in der Audienz verlesen und diese Verlesung vertrete vollkommen die Stelle der mündlichen Deposition unter Eid. Eine weitere Ausnahme sey durch eine neuere Verordnung begründet. Officiere deponirten nicht oralement in der Audienz; die in der Voruntersuchung niedergeschriebene Aussage derselben werde in der Audienz verlesen, und diese Verlesung verträte wiederum, nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes, die mündliche Deposition unter Eid (Kabinets-Ordre vom 21. August 1822). Die schriftlichen Aussagen anderer Personen könnten zwar auch unter gewissen Voraussetzungen verlesen werden. Rücksichtlich dieser Personen verträte jedoch die Verlesung der schriftlichen Aussage nicht die Abhörung in der Audienz. Ausdrücklich sage das Gesetz, daß es den Geschwornen überlassen bleibe, welches Gewicht einer solchen schriftlichen Deposition beizulegen sey (§. 4, Absch. 7 der Gouvernements-Verordnung vom 14. October 1814). Im Resultate betrachte also der Gesetzgeber die schriftlichen Aussagen dieser Zeugen auch nur als renseignemens gerade wie die Depositionen der nicht vorgeladenen, vom Präsidenten Kraft seiner discretionairen Gewalt abgehörten Zeugen nur als solche betrachtet werden sollten.

Halte man dies im Auge — bemerkte der Cassationskläger weiter — so zeige sich, daß die Bestimmung des §. 4 der Gouvernements-Verordnung eine völlig überflüssige gewesen wäre, wenn schon auf Grund des Art. 268 der Str. P. O. der Assisenpräsident befugt sein sollte, die Verlesung jeder schriftlichen Aussage zu verordnen.

Freilich könne man einwerfen, daß die General-Gouvernements-Verordnung von der discretionairen Gewalt des Präsidenten überhaupt nicht spreche; daß durch die Gouvernementsverordnung in gewissen Fällen dem öffentl. Ministerium resp. dem Angeklagten ein Recht auf die Verlesung eingeräumt sey, über dessen Ausübung der Assisenhof zu entscheiden habe; daß mithin jene discretionaire Gewalt des Präsidenten neben den, dem Assisenhofe beigelegten Attributionen ungeschmälert geblieben sey und darum ohne alle Rücksicht auf die Gouvernements-Verordnung die Lösung der Frage in den Art. 268 u. 269 der Str. P. O. gesucht werden müsse.

Indessen lasse sich sicherlich nicht verkennen, daß, wenn man dem Präsidenten die Befugniß beilege, schriftliche Aussagen nicht vorgeladener Zeugen, deren Verlesung bereits der Assisenhof für gesetzwidrig erklärt hat, dennoch verlesen zu lassen, ein nicht auszugleichender Zwiespalt zwischen der Gewalt des Präsidenten und der Gewalt des Hofes eintrete, indem die gedachten Gewalten die nämliche Frage verschieden entscheiden, und zwar durchaus die nämliche Frage, da die Wirkungen dieselben bleiben, gleichviel ob der Hof oder der Präsident die Verlesung angeordnet haben sollte. Denn, wie schon oben erwähnt, diene in dem einen wie in dem andern Falle die verlesene Aussage lediglich als renseignement. Ein Zwiespalt sey also in dem unterstellten Falle unverkennbar. Denselben lösen zu wollen durch die Annahme, daß der Gesetzgeber bei Erlaß der Gouvernements-Verordnung des Vorhandenseins des Art. 268 der Str. P. O. vergessen haben könnte, würde den Grundregeln der Auslegungskunst widerstreiten. Möchten die gegenwärtig geltenden Gesetze ausgegangen sein vom französischen Gesetzgeber oder von dem mit gesetzgebender Gewalt bekleideten Stellvertreter der Alliirten oder aber endlich vom preußischen Gesetzgeber, immerhin bleibe vom juristischen Standpunkt aus der Gesetzgeber ein und derselbe, die von ihm erlassenen Gesetze

müßten daher in Einklang gebracht werden, so lange eine Möglichkeit offen bleibe.

Diese Möglichkeit sey vorhanden, ohne daß man zu der Annahme eines Uebersehens oder einer Unkenntniß auf Seiten des Gesetzgebers seine Zuflucht zu nehmen nöthig habe. Entscheidend sey in dieser Beziehung, daß vor Erlaß der Gouvernements-Verordnung die discretionaire Gewalt des Präsidenten nicht soweit ausgedehnt worden sey, als gegenwärtig dies in Frankreich geschehe. Die Urtheilssammlungen aus jener früheren Zeit hätten uns kein Beispiel aufbewahrt, woraus zu ersehen, daß ein Assisenpräsident sich ermächtigt gehalten habe, die schriftliche Aussage der in der Audienz nicht anwesenden Belastungszeugen verlesen zu lassen. Erst weit später sey die gedachte Frage in Frankreich zur Sprache gekommen und dort habe der Cassationshof allerdings wiederholt jene Befugniß des Präsidenten anerkannt. Allgemeinen Beifall habe diese Praxis jedoch nicht gefunden, und die erheblichsten Bedenken seyen laut geworden.*) Eine nähere Beleuchtung derselben könne auf sich beruhen. Es genüge, daß zur Zeit der Emanation der Gouvernements-Verordnung es nicht für zulässig erachtet worden sey, die schriftliche Aussage eines abwesenden Zeugen zu verlesen und daß die Ansicht vorgewaltet habe, die discretionaire Gewalt des Präsidenten reiche nicht aus, jene Verlesung herbeizuführen. Darum sey ein neues Gesetz für nothwendig erachtet worden, durch dasselbe aber sey zugleich die früher bestehende Gesetzgebung in authentischer Weise declarirt. Solle also bei uns die Verlesung einer schriftlichen Zeugenaussage erfolgen, so könne dies nur geschehen, soweit und weil die Gouvernements-Verordnung eine solche Verlesung gestatte.

Lege man diese Ansicht zum Grunde, so träte kein Zwiespalt zwischen der Gewalt des Präsidenten und der Gewalt des Assisenhofes ein. Der Präsident möge die Verlesung unter den Voraussetzungen der Gouvernements-Verordnung vornehmen, aber auch nur unter jenen Voraussetzungen. Habe aber auf den Antrag des öffentl. Ministerii oder des Angeklagten einmal der Hof entschieden, daß die factischen Voraussetzungen, unter welchen allein die Verlesung stattfinden kann, nicht vorhanden seyen, so könne nicht hinterher das öffentliche Ministerium an die discretionaire Gewalt des Präsidenten appelliren und mit Hülfe dieser Gewalt eine von der Entscheidung des Assisenhofes abweichende Feststellung erwirken. Selbst aber abgesehen hiervon hätte der Präsident die Verlesung doch nur erwirken können, wenn die Voraussetzungen der Gouvernements-Verordnung vorhanden gewesen wären. An diesen Voraussetzungen habe es aber gefehlt; denn die Zeugen seyen nicht einmal geladen gewesen.

Einflußlos bleibe übrigens der Umstand, daß der Angeklagte der Verlesung sich nicht widersetzt habe, die Vertheidiger vielmehr, als die Frage der Verlesung dem Assisenhofe vorgelegt wurde, sich einverstanden erklärt hätten. Auch mit Einwilligung des Angeklagten könne dem durch das Gesetz angeordneten mündlichen Verfahren nicht ein schriftliches substituirt werden; jene Frage berühre die öffentliche Ordnung, an welcher durch Uebereinkünfte zwischen dem öffentlichen Ministerium und dem Angeklagten nichts geändert werden könne. Darum habe auch der Assisenhof auf jene Einwillung kein Gewicht gelegt; er habe ohne alle Rücksicht

*) Trefflich zusammengestellt sind alle Bedenken gegen die Ansicht des Cassationshofes Sirey 36. 1. 597. Anm.



auf dieselbe den Antrag des öffentl. Ministerii verworfen. Nach der Entscheidung des Assisenhofes sey der Angeklagte nicht nochmals gefragt worden. Diese Entscheidung sey ihm erworben; er habe ein Recht, sich auf dieselbe zu stützen. Ueberhaupt aber dürfte es einflußlos bleiben, auch wenn die Einwilligung des Angeklagten auf die spätere Anordnung des Assisenpräsidenten mit zu beziehen sein möchte. Denn da der Angeklagte nach anerkannter Praxis (Dalloz Bd. VIII S. 5) kein Recht habe, irgend eine auf die discretionaire Gewalt des Präsidentn gegründete Maaßregel zu provociren, so könne ihm natürlicher Weise auch kein Widerspruchsrecht zustehen. Fraglich bleibe vielmehr allein, ob der Präsident bei Anordnung jener Maaßnahme innerhalb des Kreises seiner Befugnisse sich gehalten habe. Diese Frage müsse verneint werden, und somit habe der Präsident unter Ueberschreitung seiner Machtbefugnisse die §. 268, 269 und 317 der Str. P. O. und den §. 4 Absch. 7 der Gouvernements-Verordnung vom 14. October 1814 verletzt.

Es wurde beantragt:

das vor dem Assisenhofe zu Köln stattgehabte Verfahren nebst dem darauf gefolgten Urtheile vom 11. Februar 1848 zu vernichten und den Angeklagten vor einen andern Assisenhof zu verweisen.

Hierauf erging folgendes

Urtheil:

J. E., daß durch die Art. 268 und 269 der Str. P. O. ausschließlich dem Präsidenten des Assisenhofes — nicht aber dem Assisenhofe — die Gewalt verliehen ist, nach Gewissen und eigenem rechtlichen Ermessen alles dasjenige anzuordnen, was der Ermittelung der Wahrheit förderlich sein und dem Zwecke einer unparteiischen Untersuchung entsprechen mag;

Daß der Assisenhof zu Köln den Antrag der Staatsbehörde, die Aussagen der Belastungszeugen, Baronin von Meyendorf, Johann Robin und Anna Sieczewski verlesen zu lassen, daher mit Recht nach den in dieser Hinsicht bestehenden gesetzlichen Verfügungen, namentlich der Gouvernements-Verordnung vom 14. October 1814 geprüft hat;

Daß jedoch weder durch die hierüber ergangene Entscheidung des Hofes noch durch die bezogene Gouvernementsverordnung die dem Assisenpräsidenten ertheilte discretionaire Gewalt aufgehoben oder beschränkt worden ist;

Daß der Assisenpräsident zu Köln, indem er die Verlesung der erwähnten Zeugenaussagen verordnete, eine ihm gesetzlich zustehende Befugniß ausgeübt hat, und hierbei eine Machtüberschreitung oder auch die Verletzung irgend eines dem Angeklagten zustehenden Rechtes umsoweniger stattgefunden hat, als nicht allein die Namen und Qualitäten der genannten Belastungszeugen auf Anstehen der Staatsbehörde dem Angeklagten vorschriftsmäßig mitgetheilt worden sind, sondern auch die Vertheidiger desselben sich mit der Verlesung jener Zeugenaussagen einverstanden erklärt hatten;

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof den gegen das Urtheil des Assisenhofes zu Köln vom 11. Februar 1848 eingelegten Cassationsrecurs unter Verurtheilung des Cassationsklägers in die Kosten.

Sitzung vom 11. Mai 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Brewer. — Concl. H. G. P. Jaehnigen. Advokat: H. Dorn.

Wiederholungsfall. — Verbrechen. — Nicht-Rheinisches Gericht.

Ein Wiederholungsfall im Sinne des Art. 57 Str. G. B. ist auch dann vorhanden, wenn der Beschuldigte durch ein Nicht-Rheinisches Gericht früher bereits wegen einer That verurtheilt worden ist, welche nach Maaßgabe ihrer Qualification und des Strafmaaßes als ein Verbrechen im Sinne des Rheinischen Rechtes zu betrachten ist.*)

Oeffentl. Ministerium — Hoffarth.

Adam Hoffarth, 46 Jahre alt, Handelsmann, geboren zu Niederfischbach, wohnhaft zu Kirchen, wurde am 19. Sept. 1847 auf dem Markte zu Brühl mit der Beschuldigung, dem Joseph Hoenen ein Taschentuch entwendet zu haben, und der Landstreicherei verhaftet, und ist dieser Vergehen durch die factische Feststellung der Urtheile der Zuchtpolizeikammer beider Instanzen des Kgl. Landgerichts zu Köln für überführt erklärt.

Er ist bereits mehrmals wegen Diebstahls bestraft und zwar am 4. April 1823 durch Urtheil des Hof- und Appellationsgerichts zu Wiesbaden mit 14tägigem, am 9. Januar 1824 durch Urtheil des Bezirksgerichts zu Kaiserslautern mit einjährigem Gefängniß, endlich durch Urtheil des Justizsenats zu Koblenz vom 2. Dezember 1825 wegen begangenen Straßenraubes mit einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren.

Er wurde hiernach durch das Urtheil der Correctionellkammer des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 22. November v. J. mit Anwendung des Art. 57 des Str. G. B. zu einer Gefängnißstrafe von 5 Jahren, einer Geldbuße von 133 Thlr. 10 Sgr., welcher im Unvermögensfalle eine fernere Gefängnißstrafe von 6 Monaten substituirt werde, und in die Kosten verurtheilt.

Auf die von ihm eingelegte Berufung erkannte jedoch die Correctionell-Appellationskammer desselben Gerichts am 20. Dezember 1847 reformatorisch, indem es zwar die Berufung, soweit dieselbe gegen die Feststellung des objectiven und subjectiven Thatbestandes gerichtet war, verwarf, dieselbe aber in Bezug auf das Strafmaaß annahm, und mit der Erklärung, daß der Fall der Recidive nicht vorliege, unter Aufhebung des Urtheils erster Instanz, den Beschuldigten nur zu einer Gefängnißstrafe von 6 Monaten verurtheilte.

Der hierauf bezügliche Grund dieses Urtheiles lautet, wie folgt:

J. E., auf das Strafmaaß, daß durch die vom Justizsenate zu Ehrenbreitstein in dem Urtheile vom 2. Dezember 1825 gegen den Beschuldigten wegen Straßenraubs erkannte 5jährige Zuchthausstrafe, da dieser Gerichtshof nicht nach rheinischen Gesetzen verurtheilt hat, der Fall der Recidive im Sinne des Art. 57 und 58 des Str. G. B. nicht vorliegt, und bei der Geringfügigkeit des gestohlenen Objectes ein Grund zur Ueberschreitung des minimi der vom Gesetze verhängten Strafe nicht vorhanden ist 2c.

*) Vergl. Arch. 3. 2. 41. — 8. 2. 84.

Gegen diese Entscheidung meldete der Kgl. Ober-Prokurator zu Köln am 22. deff. Monats den Cassationsrekurs an, welche Anmeldung dem Inhaftaten an demselben Tage vorschriftsmäßig eröffnet wurde.

In seinem Einsendungsberichte bemerkt der Kgl. Ober-Prokurator, daß die Recidive durch das bloße Factum einer früheren Verurtheilung wegen Verbrechens begründet sey, daß das Wort Verbrechen nur eine Kategorie von Thathandlungen, nicht aber blos die im Rheinischen Strafgesetzbuche vorgesehenen und nach den Formen der Rheinischen Strafprozeßordnung abgeurtheilten Vergehungen bezeichne, daß daher judex a quo durch die aufgestellte Unterscheidung den Art. 57 des Str. G. B. verletzt habe.

Urtheil:

I. E., daß der Art. 57 des Str. G. B. die Rückfälligkeit und die daran geknüpfte Steigerung der Strafe nur davon abhängig macht, daß der Beschuldigte bereits früher wegen eines Verbrechens verurtheilt sey;

Daß er keineswegs ausspricht, daß diese Verurtheilung nach den Vorschriften und Formen des Str. G. B. und der Str. G. O. erfolgt sey;

Daß vielmehr die Worte: „Verbrechen" und „Vergehen" in den Art. 57 und 58 des Str. G. B. nur Kategorien schwerer und leichter zu bestrafender Handlungen darstellen, und das Gesetz mithin zur Anwendung des Art. 57 nur die Existenz eines Strafurtheils und die Eigenschaft der bestraften That, nach Maaßgabe ihrer Qualifikation und des Strafmaaßes, als eines Verbrechens im Sinne des Rheinischen Rechtes voraussetzt;

Daß im vorliegenden Falle Inculpat durch Urtheil des Justiz-Senats zu Koblenz vom 2. Dezember 1825 wegen begangenen Straßenraubes mit 5jähriger Zuchthausstrafe belegt ist;

Daß diese Verurtheilung sowohl nach der Bezeichnung der That, als nach dem Maaße und der Gattung der Strafe ein Verbrechen betrifft;

Daß mithin die Correctionell-Appellations-Kammer, indem sie erwog, daß das von dem Justizsenate zu Coblenz am 2. Dezember 1825 erlassene Urtheil nicht nach rheinischen Gesetzen erlassen sey, und deshalb der Fall der Recidive nach den Art. 57 und 58 des Str. G. B. nicht vorhanden sey, diese Artikel falsch angewendet und verletzt hat.

Aus diesen Gründen

und eingesehen die Art. 57 und 58 des Str. G. B., welche also lauten rc.

Cassirt der Kgl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 20. Dezember v. J., verordnet die Beischreibung dieses Urtheiles am Rande des Cassirten, legt dem Beschuldigten die Kosten der Cassation zur Last.

Und, indem er an die Stelle des Appellations-Richters tretend, erkennt: verwirft der Kgl. Revisions- und Cassationshof die von dem Beschuldigten wider das Urtheil der Correctionell-Kammer des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 22. November v. J. eingelegte Berufung, bestätigt dasselbe vielmehr seinem ganzen Inhalte nach und aus den angeführten Gründen, legt dem Beschuldigten auch die Kosten der Appellation zur Last.

Sitzung vom 27. Januar 1849.

Ref. H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl. H. G. P. Jaehnigen.

Geistliche. — Amtsverbrechen. — Beerdigung ohne vorherige Erlaubniß des Civilstandsbeamten. — Authorisation zur Einleitung eines Strafverfahrens.

Ein Geistlicher, welcher ohne vorherige Erlaubniß des Civilstandsbeamten eine Beerdigung vornimmt, begeht dadurch kein Amtsverbrechen. — Es bedarf daher auch zur Einleitung eines Strafverfahrens gegen denselben nicht der Authorisation des Kgl. Ministeriums der geistlichen Angelegenheiten.*)

Oeffentl. Ministerium — N. N.

Ein Pfarrer wurde unter der Beschuldigung, im November 1847 ohne vorherige Erlaubniß des Civilstandsbeamten eine Beerdigung vorgenommen zu haben, vor das Zucht-Polizeigericht gestellt, welches sich jedoch aus folgenden Gründen für incompetent erklärte:

J. E., daß die dem N. N. zu Last gelegte und durch sein Geständniß festgestellte Handlung mit dem Amte desselben als Pfarrer in einer untrennbaren Verbindung steht, so daß diese Handlung, wenn dadurch ein Pönalgesetz verletzt worden, nur als Amtsvergehen qualifizirt werden kann;

Daß der Antrag auf Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung wider Geistliche wegen Amtsvergehen nach Vorschrift des §. 9 des Gesetzes vom 29. März 1844 nur vom Minister der geistlichen Angelegenheiten ausgehen darf, während im vorliegenden Falle das bisherige Untersuchungsverfahren nur auf Requisition des Ober-Prokurators stattgefunden hat.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde von der Correctionell-Appellationskammer aus den Gründen des ersten Richters verworfen, der darauf ergriffene Cassationsrekurs aber angenommen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Art. 358 Str. G. B. jeden mit Strafe bedroht, welcher ohne vorgängige Erlaubniß des Civilstandsbeamten eine Beerdigung vornimmt;

Daß daher diese That den Charakter eines gemeinen Vergehens hat, dessen Verfolgung lediglich nach den Art. 1 u. 8 Str. P. O. durch die Beamten der gerichtlichen Polizei erfolgt;

Daß es dabei keinen Unterschied macht, wenn sie von einem Geistlichen begangen worden ist;

Daß mithin der §. 9 Gesetzes vom 29. März 1844, nach welchem Untersuchungen wider Amtsvergehen der Geistlichen nur auf den Antrag des Ministers der geistlichen Angelegenheiten eingeleitet werden sollen, darauf keine Anwendung findet;

Daß hiernach die Correctionell-Appellationskammer u. s. w. die Art. 1 und 8 Str. P. O. verletzt und den §. 9 Gesetzes vom 29. März 1844 falsch angewendet hat;

Aus diesen Gründen

cassirt u. s. w.

Sitzung vom 9. October 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Schnaase. — Concl. H. G. Jaehnigen.

---

*) cf. den oben S. 31 abgedruckten Fall.

Unfreiwillige Tödtung. — Schaden. — Mildernde Umstände.

Der Art. 463 Str. G. B. ermächtigt den Richter in allen Fällen, wo Gefängnißstrafe verhängt ist, beim Vorhandensein mildernder Umstände und wenn der angerichtete Schaden nicht 25 Franken übersteigt, die Strafe herabzusetzen. Er schließt also auch den Fall nicht aus, wenn ein in Gelde nicht schätzbarer Schaden concurrirt.

Oeffentl. Ministerium — Keßler.

Der Rh. Revisions- und Cassationshof hat in dem, im Arch. 30. 2. 61 mitgetheilten Falle den Grundsatz ausgesprochen, daß der Art. 463 Str. G. B. bei der unfreiwilligen Tödtung eines Menschen ausgeschlossen sey, weil der durch eine solche verursachte Schaden in Gelde nicht schätzbar sey. In neuerer Zeit ist derselbe von dieser Ansicht abgegangen.

Es hatte nämlich die Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Trier auf die Berufung des Keßler, welcher beschuldigt war, die Charlotte Schunk durch einen Pistolenschuß fahrlässiger Weise getödtet zu haben, die gegen denselben erkannte Strafe von 3monatlichem Gefängnisse und 15 Thlr. Geldbuße, auf Grund des Art. 463 Str. G. B. auf eine bloße Gelbuße von 25 Thlr. reduzirt, welcher nur im Unvermögensfalle eine Gefängnißstrafe von 5 Wochen substituirt wurde. Das öffentl. Ministerium ergriff hiergegen den Cassationsrekurs wegen falscher Anwendung des gedachten Art. 463. Allein der Rh. Revisions- und Cassationshof verwarf diesen Rekurs durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Art. 463 Str. G. B. den Richter in allen Fällen, wo eine Gefängnißstrafe verfügt ist, ermächtigt, beim Vorhandenseyn mildernder Umstände und wenn der angerichtete Schaden nicht 25 Frs. übersteigt, auf die darin bestimmte Weise herab zu setzen;

Daß daher diese Befugniß auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn ein in Gelde nicht schätzbarer Schaden concurrirt;

Daß es jedenfalls zur factischen Beurtheilung gehört, ob auch in einem solchen Falle der Schaden nicht höher zu arbitriren ist;

Daß daher die Correctionell-Appellationskammer des Kgl. Landgerichts zu Trier, indem sie den Art. 463 cit. bei Bestrafung einer fahrlässigen Tödtung zur Anwendung brachte, kein Gesetz verletzt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft u. s. w.

Sitzung vom 9. Oktober 1848.

Ref. H. G. O. R. R. Schnaase — Concl. H. G. P. Jähnigen.

Zweite Abtheilung

B.

Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Gesetzgebung und Jurisprudenz über die Bestrafung der Holzdiebstähle seit dem Gesetze vom 7. Juni 1821.

Bei dem möglichen Erscheinen eines neuen Forst-Strafgesetzes, dürfte es nicht ungeeignet seyn, den jetzt vorhandenen Zustand der Gesetzgebung und Jurisprudenz über die Bestrafung der Holzdiebstähle kurz zusammenzufassen, um daraus entnehmen zu können, welcher Abänderungen diese Materie bedarf.

Das Gesetz vom 7. Juni 1821 bestimmt unter Aufhebung aller frühern über diesen Gegenstand ergangenen Bestimmungen, sowohl überhaupt, als auch der in den Forstordnungen deshalb enthaltenen Vorschriften insonderheit, in den §§. 1, 2 und 3:

§. 1. Die Strafe des einfachen, mit keinen erschwerenden Umständen begleiteten Holzdiebstahls besteht, neben dem Ersatz des taxmäßigen Werthes des entwendeten Holzes und neben den Pfandgeldern, wo solche observanzmäßig hergebracht sind, in der Erlegung des vierfachen Betrages jenes Werthes, welcher dem Waldeigenthümer anheimfällt.

§. 2. Wenn der Diebstahl zur Nachtzeit verübt worden ist, tritt die Strafe des sechsfachen Werthes ein.

§. 3. Auch bei der Wiederholung des Vergehens zum zweiten und drittenmal, nach erfolgter Bestrafung des frühern Diebstahls, soll die im §. 2. bestimmte Strafe eintreten, und wenn die wiederholte Entwendung zur Nachtzeit geschehen ist, dieselbe um den achtfachen Werth bestraft werden.

Diese Strafbestimmungen sind an sich sehr einfach und klar, und können keineswegs hart genannt werden.

Eine mehrfache Härte ist aber dadurch entstanden, daß man auf dieselben den §. 64 des 2. Theils 20. Titels des allg. Landrechts und sogar den Art. 55 und 59 des in der Rheinprovinz geltenden Str. G. B. angewandt hat.

Von diesen Gesetzesstellen bestimmt die erste ganz im allgemeinen, daß wenn Mehrere an der Ausführung eines Verbrechens unmittelbar Theil genommen haben, jeden von ihnen als Urheber die ganze Strafe treffen soll; die beiden letztern, daß alle diejenigen, welche wegen desselben Verbrechens oder Vergehens verurtheilt worden, solidarisch für Geldbußen, Schadensersatz und Kosten haften, und daß die Compliçen eines Verbrechens oder Vergehens mit denselben Strafen belegt werden sollen, wie die Urheber, außer wo das Gesetz darüber anders verfügt hat. Man hat aus ihnen die beiden Schlüsse gezogen, daß wenn der Diebstahl von Mehrern verübt worden, Jeder der Einzelnen als Strafe den ganzen Betrag des vier-, sechs- oder achtfachen Werthes des gestohlenen Objekts zu tragen habe, resp. daß dieser ganze Betrag dem Wald-Eigenthümer zufalle, sodann

daß auch noch jeder Einzelne deshalb für alle übrigen solidarisch verhaftet sey, nach welchen Grundsätzen denn z. B. wenn 10 Personen einen Baum gestohlen haben, welcher 5 Thlr. werth ist, jeder 20 Thlr. Strafe, folglich alle zusammen 200 Thlr. zu bezahlen haben, wofür noch jeder Einzelne solidarisch in Anspruch genommen werden kann, während, nach dem Gesetze über die Holzdiebstähle selbst, Jeder nur seinen ratirlichen Antheil an diesem vier=, sechs= oder achtfachen Werthe, folglich hier 2 Thlr., und zwar ohne Solidarität als Strafe würde zu erlegen haben, und es haben hiernach Verurtheilungen bis 1000 Thlr. und darüber wegen verhältnißmäßig unbedeutender Objecte stattgehabt, welche auf diese Weise Einzelnen allein zur Last fallen konnten, und wenn behauptet worden ist, daß die Auswanderungslust auf dem Hundsrücken hauptsächlich oder doch vielfach in der harten Bestrafung der Holzdiebstähle in diesen zum Theil sehr armen Gegenden ihren Grund habe, so kann dies vor allem in diesem Sachverhältnisse liegen.

Diese Gesetze scheinen nun aber schon deshalb nicht anwendbar, weil man annehmen muß, daß ihre Anwendbarkeit durch das Gesetz vom 7. Juni 1821 ausgeschlossen ist, indem die Worte im Eingange desselben so allgemein sind, daß man sie von allen gesetzlichen Bestimmungen verstehen muß, welche auf diesen Gegenstand überhaupt Bezug haben. Namentlich erhellt dies daraus, daß nicht nur die frühern Forstordnungen sondern auch alle überhaupt, also außer diesen Forstordnungen, über diesen Gegenstand erlassenen Bestimmungen für ausgeschlossen erklärt werden, worunter man denn nothwendig schon deshalb alle solche Strafbestimmungen, welche in ihrer Allgemeinheit auch auf die Holzdiebstähle bezogen werden können, subsumiren muß, weil kein Grund vorhanden ist, einen Unterschied zu machen zwischen denen, welche mehr oder weniger allgemein sind; und es ist dieses so gewiß, daß aus demselben Grunde nach §. 67 bis 74 des 20. Titels des Landrechts oder Art. 60 des Str. G. B., weder die bloße Hehlerei des gestohlenen Holzes, noch eine Complizität, welche in etwas anderm als der thätlichen Mithülfe bestehen würde, z. B. das bloße Herleihen von Werkzeugen, oder das Wachestehen, um den Thäter zu warnen, strafbar seyn würde, ebenso wenig wie ein Versuch eines Holzdiebstahls, insofern sich ein solcher nach §. 40 bis 44 des 2. Theils 20. Tit. des allg. Landrechts oder Art. 2 des Str. G. B. bei Holzdiebstählen denken ließe. Ueberhaupt widerspricht die Anwendung aller sonstigen gesetzlichen Bestimmungen auf die Holzdiebstähle schon dem im Eingange des Gesetzes vom 7. Juni 1821 ausgesprochenen Grundsatze der Uniformität für die ganze Monarchie, da diese Bestimmungen namentlich in der Rheinprovinz nicht dieselben sind, wie in den alten Provinzen.

Es ist auch beinahe nicht denkbar, daß der Gesetzgeber im Sinne gehabt habe, auf das in Rede stehende Gesetz, bei welchem die Geldstrafe sich nach dem Werthe des Objects richtet, den §. 64 anzuwenden, und indem er in allgemeinen Worten das Gesetz in seinem Eingange als ein für sich bestehendes Ganzes erklärt, eine solche unglaubliche Vervielfältigung der Strafe und Entschädigung für den Wald=Eigenthümer habe eintreten lassen wollen, ohne es ausdrücklich zu sagen. Der Pariser Cassationshof hat auch durch Urtheil vom 24. April 1828 in einem ganz ähnlichen Falle entschieden, daß die im Art. 144 des Code forestier verhängten Geldstrafen, welche sich nach der Quantität des gestohlenen Gegenstandes richten, nur einmal zu erkennen sind, selbst wenn das Vergehen von Mehrern begangen worden, und daß der Art. 59, welcher mit

dem §. 64 korrespondirt, darauf nicht anwendbar sey. Nach der Ordonnanz von 1669 wird auch bei Bestimmung der Strafe nur auf das Object gesehen, und es ist darin weder von dem Falle die Rede, wo Mehrere den Diebstahl begehen, noch von der Solidarität Mehrerer, noch je deshalb eine größere Strafe erkannt worden.

Den Grund der Anwendbarkeit dieser ältern gesetzlichen Bestimmungen mußte man vor allem natürlich darin suchen, daß dieselben nicht ausdrücklich abgeschafft seyen, indem man den Worten im Eingange des Gesetzes vom 7. Juni eine beschränktere Bedeutung beilegte; sodann führte man dafür an, daß sonst ein von Mehrern begangener Diebstahl nicht strenger, sondern vielmehr milder bestraft werden würde, wie der von einem Einzelnen begangene, während doch das Gesetz, welches mehrere andere Schärfungsgründe feststellt, eine solche Absicht der Schärfung bei Holzdiebstählen, welche von Mehrern begangen worden, nicht zu erkennen gibt, wogegen ein solcher von Mehrern begangener Holzdiebstahl der Regel nach auch einen bedeutendern Gegenstand hat, welcher von einem Einzelnen nicht gefrevelt werden kann, und hierdurch schon die Strafe für alle, und daher auch für jeden Einzelnen, sich steigert resp. in ihr natürliches Verhältniß tritt. Hauptsächlich aber hat man sich auf die Kgl. Deklaration vom 7. März 1827 bezogen, und dieselbe als eine authentische Interpretation des Gesetzes, in Betreff der vorliegenden Frage, betrachtet.

Es muß aber hier bemerkt werden, daß nur der Justizminister, welchem doch nicht das Recht einer authentischen Interpretation zusteht, früher entschieden hatte, daß der §. 64 auf dieses Gesetz anwendbar sey, (siehe Rescript des Justizministers Kircheisen in Kamptz Annalen B. 22 p. 104); da es ungeachtet dessen jedoch zweifelhaft erschien, ob auch dem Wald-Eigenthümer solche vervielfältigte Geldstrafen in ihrer Totalität zufallen sollten, so wurde diese letztere Frage allein der Kgl. Entscheidung vorgelegt und bejaht. Daß auch die Hauptfrage dabei dieser Entscheidung unterlegen habe, und geprüft worden sey, ist wenigstens aus der Deklaration selbst, welche doch hier allein als Norm dienen kann, da sie allein publizirt ist, nicht ersichtlich. Hätte auch sie noch der Kgl. Entscheidung vorgelegen, so würde doch auch wohl gerade die sehr nahe liegende Frage erwogen worden seyn, ob aus dem Umstande eines so unbegreiflichen Nutzens für den Wald-Eigenthümer, der aus der Anwendbarkeit des §. 64 folgen würde, nicht vielmehr geschlossen werden müsse, daß es nicht die Absicht des früheren Gesetzgebers gewesen sey, diesen §. für die Strafbestimmungen des Gesetzes vom 7. Juni gelten zu lassen.

Bei einer authentischen Interpretation muß man aber verlangen, daß gerade dasjenige, worüber man eine Erklärung haben will, und welches später als Norm dienen soll, auch wirklich zur Entscheidung vorgelegen habe, und selbst geprüft worden sey. Wenn aber der Justizminister eine Rechtsfrage, resp. die Auslegung oder Anwendung eines Gesetzes irrig aufgefaßt hat, und nicht über dessen Auslegung selbst, sondern über die weitern Folgen derselben, folglich seines Irrthums, eine Entscheidung des Königs einholt, so kann man doch nicht sagen, daß dies zugleich eine Entscheidung der Hauptfrage involvire, welche dabei ja gar nicht einmal zur Sprache gebracht und erwogen worden ist. Das Staatsoberhaupt könnte dadurch ja selbst auf die unverantwortlichste Weise in Irrthum induzirt werden, und am Ende finden, daß es etwas entschieden habe, woran es gar nicht gedacht hat, und welches es vielleicht anders entschieden haben würde, wenn davon speziell die Rede gewesen wäre. Mit Recht kann man daher behaupten, daß durch diese Deklaration die hier in Rede stehend

Hauptfrage nicht entschieden worden ist, und kann es folglich nicht darauf ankommen, wenn bei derselben irrthümlich eine Ansicht dieser Hauptfrage vorausgesetzt worden, ohne welche die Nebenfrage nicht auf diese Weise hätte entschieden werden können.

Der Rh. Revisionshof hat indessen durch Entscheidung vom 5. Juli 1841, indem er ein Urtheil des hiesigen Anklagesenats kassirte, die Anwendbarkeit des §. 64 und Art. 59 auf das vorliegende Gesetz sanctionirt*). Die Gründe dieser Entscheidung bestehen hauptsächlich in den oben angeführten.

Unter andern heißt es darin:

„Daß die weit gefährlichere Mitwirkung Mehrerer zu der Entwendung keinen Grund abgeben könne, um die den einzelnen Thäter treffende Strafe, durch gleiche Vertheilung unter alle, in diesem Falle zu mildern,“ obschon, wie oben gezeigt worden, diese Vertheilung keineswegs eine Milderung genannt werden kann.

In der Rheinprovinz wird demnach jetzt fortwährend erkannt, daß die ganze Strafe Jeden Einzelnen treffe; von der Solidarität ist aber der Anklagesenat schon längere Zeit abgegangen, während noch viele Friedensrichter darauf erkennen. Ja man ist häufig noch viel weiter gegangen, indem man nicht nur bei einem einzigen ungetheilten Objecto delicti, sondern auch in dem Falle, wo Mehrere zusammen betroffen werden, die Jeder für sich eine Traglast Holz gestohlen haben, solche mehrere Diebstähle ohne weiteres als einen einzigen gemeinschaftlich verübten Diebstahl betrachtet und diese Grundsätze darauf angewendet hat, und dies geschieht vielfach noch jetzt, obschon eine solche Gemeinschaftlichkeit doch wenigstens im einzelnen Falle näher begründet werden müßte.

Aber nicht überall, wo das Gesetz vom 7. Juni 1821 gilt, wird dasselbe auf diese Weise ausgelegt. Im östlichen Theile des Reg. = Bezirks Koblenz wird die ganze Geldstrafe nur einmal erkannt und unter diejenigen vertheilt, welche als Theilnehmer ermittelt worden, und wo nicht ein einzelnes ungetheiltes Object vorhanden ist, Jedem für das, was er gestohlen hat, die Geldstrafe zuerkannt, alles ohne Solidarität. In der Grafschaft Mark (Schwelm) wird unbedingt für alle Theilnehmer nur eine Strafe erkannt, und, wo keine Gemeinschaft vorhanden ist, Jeder besonders für das von ihm gestohlne Holz bestraft, ebenfalls ohne Solidarität; im Paderbornschen wird bei einem einzelnen ungetheilten Object Jedem die ganze Strafe zuerkannt, und mag sich dies auf das oben erwähnte Ministerial-Rescript stützen; werden dagegen mehrere Personen beim Fällen oder Wegtragen von Holz ertappt, ohne daß ein besonderes Kennzeichen von Gemeinschaft vorhanden ist, so wird auf ihr zufälliges Zusammentreffen keine Rücksicht genommen, und Jeder für das, was er gefrevelt resp. getragen hat, bestraft und sind die Forst-Schutz-Beamten angewiesen, dies soviel als möglich festzustellen. In den ältern Provinzen soll dasselbe Verfahren befolgt werden.

Eine solche verschiedene Verfahrungsart erheischt schon an und für sich eine Regelung. Würde dabei beabsichtigt, eine Herabsetzung dieser Strafen für diese Fälle mehrerer Theilnehmer eintreten zu lassen, so würde es hinreichen, das Gesetz in seiner Integrität, ohne Beimischung anderweitiger Bestimmungen, zu belassen.

Eine Erschwerung der Strafe für den Fall der Verübung des Delikts durch Mehrere, in der Art, wie sie jetzt durch die Praxis angenommen worden, erscheint jedenfalls unzweckmäßig.

---

*) Arch. 30. 2 A. 88.

Handlungsfirma. — Veräußerung.

Handlungsfirmen können nicht Gegenstand des Verkehrs seyn; sie haften an der Person der Gesellschafter, deren Namen allein die Firma bilden dürfen, ohne auf Andere übertragen werden zu können. Es ist ein Mißbrauch, wenn nach Auflösung einer Handelsgesellschaft noch deren Firma von Universal- oder Singularsuccessoren fortgeführt wird.

Reinshagen u. Jarres — Syndiken der Fallitmasse Mannes.

Durch Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 25. August 1847 wurde der Kaufmann Johann Luther Mannes jun. in der Clarenbach, handelnd unter der Firma „Gebrüder Mannes und Sohn," fallit erklärt und der Zeitpunkt des Ausbruchs des Falliments provisorisch auf den 20. August 1847 festgesetzt. Hiergegen opponirten die Kaufleute Reinshagen und Jarres in der Clarenbach, insoweit das Falliment auf die Handlungsfirma Gebrüder Mannes und Sohn ausgedehnt worden sey, da sie zufolge Vertrages vom 18. August 1847 Inhaber der Handlung Gebrüder Mannes und Sohn seyen, Johann Luther Mannes aber nicht mehr daran betheiligt sey.

Dem entgegneten die provisorischen Syndiken, Referendar Staber und Agent Schmidt: Der Act vom 18. August 1847 sey zunächst deshalb nichtig und unwirksam, weil eine Handlungsfirma rechtlich nicht Gegenstand des Verkehrs seyn könne; das Führen fremder Namen sey nach den Verordnungen vom 30. Oktober 1816 und 15. April 1822 schlechthin verboten, und dies Verbot gehöre der öffentlichen Ordnung an; daß hier kein einzelner Name, sondern ein Complex von solchen übertragen worden, ändere nichts; dieser Complex deute eine Persönlichkeit an, die verschieden sey von der der Opponenten; das Gesetz wolle aber, daß Jeder nur den Namen führe, der seine Individualität von andern Individuen unterscheide; die hierbei im Handelsverkehr anscheinend eintretenden Ausnahmen, nach welchen Jemand durch den Gebrauch einer Firma eine andere Namensbezeichnung benutzen dürfe, als die sey, welche ihn als Individuum von andern unterscheide, seyen in der Wirklichkeit keine Ausnahmen, indem das Gesetz die Führung einer Firma nur einer Handelsgesellschaft gestatte, und hier den Gebrauch einer Firma sogar gebiete, eine Handelsgesellschaft aber eine moralische Person darstelle, welche dieselbe vermögensrechtliche Wirkung im Verkehre einnehme, wie jede physische Persönlichkeit, und welche eine von der Individualität der sie bildenden physischen Personen durchaus zu scheidende Existenz habe; es komme hiebei auch nicht darauf an, daß der Fallit Mannes selbst zur Führung des Namens: „Gebrüder Mannes u. Sohn" rechtlich nicht befugt gewesen sey: er habe factisch diese Namensbezeichnung geführt; durch diesen factischen Zustand seyen denen, die auf diesen Namen mit ihm contrahirt haben, Rechte erworben worden, und es gebe dieses seinen Gläubigern die Befugniß, jedem andern das Recht der Führung eines gleichen Namens zu bestreiten. Wenngleich das Uebertragen von Firmen an Personen, deren

persönliche Namen in diesen Firmen nicht figuriren, im Handelsverkehr eben nicht selten vorkomme, so könne doch gegen klare verbietende Gesetze eine Handelsgewohnheit sich nicht rechtsgültig bilden, und wenn solche Ueberträge durchgängig unangefochten blieben, so komme dies lediglich daher, weil Niemand ein Interesse habe, sie zu bestreiten; vorliegend sey aber ein solches Interesse vorhanden. Demnach seyen, weil der Act nichtig und wirkungslos sey, die Opponenten zu dem Einspruch nicht qualifizirt, da sie kein Interesse dabei hätten, daß Jemand, der einen andern Namen führe oder geführt habe, als sie zu führen befugt seyen, auf diesen seinen Namen für fallit erklärt worden sey.

Das Kgl. Handelsgericht erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., was zunächst den Einspruch von Reinshagen und Jarres betrifft, daß dieselben nur insoweit opponirt haben, als das Falliment auf die Handlungsfirma: Gebrüder Mannes u. Sohn ausgedehnt worden sey, und die Opposition darauf gestützt wird, daß Opponenten zufolge Vertrages vom 18. August d. J. Inhaber der Handlung: „Gebrüder Mannes u. Sohn" seyen, während Johann Luther Mannes an derselben nicht mehr betheiligt sey, die Handlung Gebrüder Mannes u. Sohn, auch noch keinen Augenblick aufgehört habe, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen;

J. E., daß die Syndiken jenen Opponenten zunächst die Einrede der Inqualification entgegengestellt haben;

J. E., daß der fragliche Act, sofern er den Uebertrag der Handlungsfirma enthält, und den Opponenten die Berechtigung verleiht, die Handlungsfirma fortführen und fortzeichnen zu dürfen, allerdings nicht zu Recht bestehen kann;

Daß nämlich Johann Luther Mannes jun., abgesehen davon, ob sein Vater Johann Luther Mannes sen. befugt war oder nicht, bei seinen Handlungsgeschäften, die Firma Gebrüder Mannes u. Sohn zu führen, doch jedenfalls das Recht sich dieser Firma zu bedienen, durch die Erbschaft nicht erlangte;

Daß, wenn er aber das Recht gehabt hätte, alsdann dies doch kein veräußerlicher Gegenstand gewesen seyn würde;

Daß alles dies daraus folgt, daß Niemand einen andern Namen führen darf, als seinen rechtmäßigen Geschlechts- und Familiennamen, daß dieses der öffentlichen Ordnung angehöret, und den desfallsigen Bestimmungen durch Vertrag nicht derogirt werden kann;

Daß, wenn es Societäten als solchen gestattet ist, eine Firma zu führen, welche indeß, sofern es keine anonyme Gesellschaft ist, welche nach dem Gegenstand ihrer Handelsunternehmung bezeichnet wird, nothwendig nur aus den Namen der Gesellschafter zusammengesetzt seyn muß, doch eine solche Societät nicht befugt ist, ihre Firma zu veräußern, oder andern Personen die Führung derselben zu verleihen, weil das Recht die Firma zu führen, kein veräußerliches ist, vielmehr mit der Auflösung der Societät, in welcher Weise auch dieselbe erfolgen mag, erlischt.

Aus diesen Gründen

u. s. w.

Urtheil des Kgl. H. G. zu Elberfeld vom 23. Oktober 1847.

Ist zur Reduction der gesetzlichen Generalhypothek, welche nach dem rheinischen Rechte der Ehefrau an den Immobilien des Ehemannes zusteht, die Genehmigung dieser Ehefrau erforderlich? Art. 2144 des B. G. B.

Diese Frage ist zunächst aus dem Art. 2144 des B. G. B. zu entscheiden. Auf den ersten Blick in diesen Artikel sollte man kaum zweifeln, daß die Einwilligung der Frau zur Reduction unumgänglich nöthig sey, indem die Worte „du consentement de sa femme" offenbar den Eindruck einer conditio sine qua non machen. Dennoch haben sich über den Sinn dieses Artikels und die Lösung obiger Frage zwei Meinungen gebildet, die beide die gewichtigsten Gründe für sich geltend zu machen haben.

Diejenigen, die der Ansicht sind, daß die Frau auch zur Reduction gezwungen werden könne, stellen zunächst den Satz auf, daß dieselbe vernünftigerweise nicht das Recht haben könne, eine größere, als hinreichende Sicherheit ihrer Matrimonialrechte zu fordern, indem es sonst in ihrer Befugniß liege, wenn ihre Hypothek nicht durch den Ehevertrag beschränkt worden sey, unnützerweise sämmtliche Immobilien ihres Ehemannes während der ganzen Dauer der Ehe dem Verkehr zu entziehen und dadurch nicht nur das Interesse des Ehemannes, sondern auch das öffentliche zu kränken, welches nach den Grundsätzen des französischen Rechts einen möglichst freien Güterverkehr zu fordern berechtigt sey; die Frau könne aus purer Caprice dem Manne den größten Schaden zufügen; bei einer närrischen Frau, die überhaupt nicht consentiren könne, gäbe es für den Mann gar kein Mittel eine Reduction der Hypothek zu erlangen; das Gesetz, welches eine gezwungene Reduction verweigere, würde unwürdige Intriguen in den Ehen begünstigen, indem es den Mann veranlasse, durch allerhand Kunstgriffe zu der Einwilligung zu gelangen, die er keine Möglichkeit habe auf dem geraden Wege des Rechtes zu erreichen; diese mehr legislativen Gründe seyen nun auch durch das positive Gesetz sanctionirt: zunächst nämlich bestehe nirgends, namentlich aber nicht im Art. 2144 des B. G. B. das ausdrückliche Verbot, daß die Frau nicht anders, als auf dem Wege freiwilliger Einwilligung zu der Reduction veranlaßt werden könne, der Artikel sey keineswegs verbietend abgefaßt, er besage nicht: ne pourra pareillement le mari, que du consentement de la femme; dagegen schrieben die Art. 2161 l. c. in Verbindung mit Art. 2159 ib. ganz allgemein vor, daß und zwar wider den Willen des Gläubigers eine universelle Hypothek reduzirt werden könne; diese Artikel enthielten eine Regel, die verletzt werde, wenn man per arg. a contrario aus dem Art. 2144 deduziren wolle, daß die Reduction nicht ohne Einwilligung der Frau statt finden könne; das Argument a contrario finde aber dann nur Anwendung, wenn man dadurch die Bestätigung einer Rechtsregel, nicht aber, wie hier, eine Ausnahme von derselben erlange; der Art. 2144 sey nur in das Gesetzbuch aufgenommen, um für den Fall der Einwilligung der Frau vorzuschreiben, daß diese Einwilligung allein nicht hinreiche, sondern, daß ein Gutachten von Verwandten außerdem noch erfordert werde, es ergebe sich dies namentlich daraus, daß das Wort „pareillement" im Art. 2144 nur auf den Theil des vorhergehenden Artikels bezogen werden könne, in welchem von den Formalitäten bei der Reduction der Hypotheken, den Familiengutachten ꝛc. die Rede sey, indem es um deswillen nicht auf das Materielle des Art. 2143 gehen könne,

weil dieses ja gerade besage, namentlich in Verbindung mit Art. 2145, daß die Hypothek des Minderjährigen nur gerichtlich reduzirt werden dürfe. Ueberhaupt habe die Frau als Schutzbefohlene des Mannes mit dem Minderjährigen, und der Mann mit dem Tutor die größte Aehnlichkeit und es könnten für beide füglich nur dieselben Rechte bestehen; dem Tutor bestreite aber Niemand das Recht, die Reduction erzwingen zu können, und dem Ehemanne könne man es noch um so weniger bestreiten, als die Frau durch eine Verhandlung vor Gericht und die Concurrenz der Staatsbehörde laut Art. 2145 viel größere Garantie habe, daß ihre Interessen gewahrt würden, als wenn sie sich den Einflüssen des Mannes allein überlasse.

So gewichtig diese Gründe indessen immer erscheinen mögen für die Ansicht, daß die Hypothek auch wider den Willen der Ehefrau reduzirt werden könne, die für die entgegengesetzte Ansicht sprechenden sind doch bei Weitem überwiegend.

Die allgemeinen Sätze, von denen man hier als der Regel ausgehen muß, sind die: 1) die Art. 2121 u. 2135. 2°. des B. G. B. geben der Frau für ihre Matrimonialrechte eine Hypothek auf sämmtliche Immobilien des Mannes; 2) niemand kann gezwungen werden auf sein Recht zu verzichten. Diese beiden allgemeinen Sätze werden bestätigt, wenn man per arg. a contrario aus dem Art. 2144 ib. entnimmt, daß en cas de dissentiment die Reduction nicht zulässig sey und gerade, weil ein allgemeiner Rechtssatz durch diese Argumentation hier zur Anwendung gebracht wird, ist dieselbe vollkommen zulässig.

Es sprechen eine Reihe der trifftigsten legislatorischen Gründe dafür, daß die Frau zu einer Reduction nicht gezwungen werden dürfe. Hat die Frau einmal das Recht der Hypothek auf alle Immobilien, so wird jedesmal ein Skandal verursacht werden, so oft sie wider ihren Willen vor Gericht gezwungen werden soll, auf das Recht zu verzichten.

Glaubt der Richter heute, der Mann sey zahlbar, so kann diese Zahlbarkeit morgen nach der Reduction aufhören. Betragen die Entschädigungen der Frau heute so und soviel, morgen können sie bei Weitem mehr betragen: sie sind ja nur unbestimmt und eventuell und in einem viel höhern Grade dem Wechsel unterworfen, als das Vermögen eines Minderjährigen, für das eine bestimmte Verwaltung vorgeschrieben ist. Kann der Richter wissen, wie die Frau es kann, welche geheime Absichten der Mann mit seinem Vermögen hat? Die Furcht, daß der Mann einer närrischen Frau ganz auf eine Reduction verzichten müsse, ist ungegründet, indem die Frau ja interdizirt werden kann und dann dem minor gleich wird; der Grund, daß eine Frau sich von ihrem Manne beschwätzen lassen könne, ist nur maaßgebend, um zu beweisen, daß neben der Einwilligung auch noch das Familiengutachten nöthig ist; im Uebrigen mag die Frau sich selbst es zurechnen, wenn sie sich beschwätzen läßt, wie sie sich es auch selbst zuzurechnen hat, wenn sie mit dem Manne Solidarverbindlichkeiten übernimmt. Die Verhältnisse der Frau sind denen des Beivormundes durchaus unähnlich, indem dieser in der Regel ohnedies aus Vorsicht die Reduction verweigern wird; die Verhältnisse des Mannes und Tutors sind auch verschieden, indem der Tutor in der Regel wider seinen Willen Tutor wird, und deswegen eher zu einer Reduction berechtigt seyn muß, während der Mann nur mit freiem Willen eine Frau nimmt.

Formell ist der Unterschied zwischen dem Beivormunde und der Ehe-

frau in den Art. 2143 und 2144 sattsam angedeutet, indem das „pareillement“ des Art. 2144, sich nur auf die Worte: „lorsque l'hypotheque n'aura pas été restreinte“ im Art. 2143 jcto. 2140 nicht aber auf das Familiengutachten des Art. 2143 bezieht, im Uebrigen beide Artikel ganz verschieden abgefaßt sind.

Es behauptet Niemand, daß der Art. 2161 neben dem Art. 2143 für den Minderjährigen gelte; warum sollte denn für die Ehefrau neben dem Art. 2144 noch der Art. 2161 gelten? Durch das Nebeneinanderstellen des Minderjährigen und der Ehefrau in der „Sect. 4. du rang que les hypothèques ont entre elles“ ist sattsam angedeutet, daß der Art. 2144 nicht blos einige Formalitäten festsetzen wollte, sondern daß er die Frau, sogut wie Art. 2143 den minor dem „chap. V. de la radiation et réductions des inscriptions“ entziehen wollte.

Wir schließen mit einem Auszuge aus der Rede des Tribun Gary, der dem Tribunate die betreffende Materie mittheilte und Gelegenheit hatte durch Kenntnißnahme von sämmtlichem Reductionsmaterial in den Geist des Gesetzes einzubringen und welcher sich in dieser Rede gegen die Reduction ausspricht.*) Der Redner faßt hier im §. 4 überschrieben: Motifs qui s'opposent à la réduction d'inscriptions de trop fortes sommes alle Gründe, die gegen die Reduction der Inscriptionen sprechen zusammen und sagt dann über unsern Fall namentlich:

> „S'il s'agit d'une hypothèque legale ou judiciaire, la demande en réduction doit être à plus forte raison rejetée: on ne peut pas déroger à un engagement, dont la cause est dans l'ordre public. Les procès qui s'éléveraient entre les femmes et les maris sur ces réductions seraient encore plus scandaleux et plus contraires à la paix des familles, que les procès dont on à déjà fait le tableau, en repoussant l'idée de l'évaluation des hypothèques.“

Einfluß des Gesetzes über die Verhältnisse der Juden vom 23. Juli 1847 auf die Bestimmungen des sogenannten Judendecrets vom 17. März 1808.

1) Durch das Gesetz über die Verhältnisse der Juden vom 23. Juli 1847 ist das Decret vom 17. März 1808 aufgehoben.
2) Die Aufhebung bezieht sich nicht auf solche Schuldverschreibungen (Art. 4 des Decrets), welche vor Erlaß des Gesetzes ausgestellt sind.

Hartog — Weiß.

J. E. 2c. 2c. (daß der Kläger behauptet, daß durch das Gesetz vom 23. Juli 1847 das Judendecret aufgehoben sey), daß die Juden durch das

---

*) Die Rede findet sich bei Fénet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil tome XV. pag. 256.

Gesetz v. 27. Sept. — 13. Nov. 1791 den andern Staatsbürgern gleichgestellt waren;

Daß im J. 1806 das damalige Oberhaupt des Staats jedoch, „weil eine Anzahl Juden sich gewerbsmäßig dem Wucher hingab," sich veranlaßt sah, in mehren nördlichen Departementen Frankreichs die Vollstreckung der Urtheile und Verträge, welche Juden in Händen hatten, zu Gunsten der nichthandeltreibenden Ackersleute auf ein Jahr zu suspendiren;

Daß nicht lange nachher durch das Decret vom 17. März 1808 mehre andere Verfügungen gleich durchgreifender Natur getroffen wurden, die Nichtkaufleute vor den Betrügereien der Juden zu schützen;

Daß es eine allgemeine Erfahrung war, daß den Wechseln und andern einseitigen Schuldverschreibungen, die von Landleuten zum Vortheile von Juden ausgestellt waren, die Einrede entgegengesetzt wurde, daß der Werth gar nicht oder nur zum Theil eingenommen worden sey; daß solche Einreden den Regeln des Prozesses gemäß von den angeblichen Schuldnern zu beweisen waren, aber oft, ungeachtet der größten innern Wahrscheinlichkeit der Thatsachen, unerwiesen erachtet werden mußten, weil es nicht gelang, den Beweis vollständig herzustellen;

Daß der Gesetzgeber in der Hinsicht Hülfe leisten wollte, und deshalb dasjenige, was damals fast allgemein als den Schuldbekenntnissen gedachter Art unterliegend behauptet wurde, nämlich Betrug und Wucher, mit einem Male zur gesetzlichen Vermuthung erhob;

Daß der Schuldner demnach nicht noch erst den Beweis zu übernehmen brauchte,*) die nächste Folge vielmehr die war, daß der Beweis fortan dem Juden oblag;

Daß es diese und nur diese Folge ist, welche sich in Art. 4 des Decrets vom 17. März 1808 ausgesprochen findet; daß daher durch diesen Artikel die Rechtsfähigkeit der Juden an sich keine Minderung erlitten hat, und eben so wenig von einer exceptionellen Beschränkung der Beweiskraft schriftlicher Bekenntnisse die Rede seyn kann;

Daß derartige Bekenntnisse vielmehr in Betreff aller Stipulationen, die nicht gerade auf die Valuta sich bezogen, nach wie vor Gültigkeit hatten und auch den Juden des Beweises über solche Punkte enthoben;

Daß von diesen Gesichtspunkten ausgehend der Beweis, der über die Valuta geführt werden muß, sich als Gegenbeweis darstellt**), und zwar als Gegenbeweis gegen Thatsachen, die, wenn das Gesetz sie nicht als erwiesen angenommen hätte, ihrer Natur nach durch Zeugen erweisbar waren, Art. 1353; daß sich hieraus erklärt, daß die Gerichte, auch wenn die Valuta den Betrag von 150 Frcs. weit überstieg, die Juden zu dem Beweise durch Zeugen verstatteten***);

Daß es ferner von jenem Gesichtspunkte aus sich erklärt, weshalb der Art. 4 auf die vor 1808 ausgestellten Schuldscheine ausgedehnt wurde; (vom Gesetzgeber in Art. 13) weshalb die Gerichte denselben Artikel gegen Ausländer anwendbar erkannten****), und ihm auch diejenigen Schuldverschreibungen unterwarfen, welche im Auslande ausgestellt waren*****);

Daß dieser Gesichtspunkt denn auch maaßgebend ist bei der Frage, ob

*) wie er dies im Falle des Art. 12 thun muß, wo es eigentlich bei dem gemeinen Rechte belassen ist.

**) cf. Arch. 16. 1. 134.

***) Arch. 14. 1. 272. und 16. 1. 134.

****) Arch. 1. 1. 10.

*****) Arch. 8. 1. 199.

der Art. 4 noch jetzt zur Anwendung komme, indem die Entscheidung nicht etwa davon abhängt, ob (die Zulässigkeit und) die Beweiskraft der Schriften oder die Beweislast geändert, sondern davon, ob der Richtigkeitsgrund, der dem Geschäfte von seiner Entstehung an anklebte, seither durch das neue Gesetz vom 23. Juli 1847 gehoben worden sey;

J. E., daß das hier gedachte Gesetz in der That über die Beweiskraft von Urkunden nichts enthält; daß aber in §. 1 als allgemeiner Grundsatz aufgestellt ist, daß in dem ganzen Umfange der Monarchie die Juden neben gleichen Pflichten auch gleiche bürgerliche Rechte mit den christlichen Unterthanen haben; daß in §. 72 alle von den Bestimmungen dieses Gesetzes abweichenden allgemeinen und besonderen Vorschriften außer Kraft gesetzt sind; daß der §. 7 speciell noch in Betreff des Eides den Juden gleiche Glaubwürdigkeit belegt, wie den Christen;

Daß sonach aus dem Inhalte des Gesetzes selbst schon hervorgeht, daß es Zweck desselben ist, wo das Gegentheil nicht ausdrücklich vorbehalten, die Beschränkungen, die bisher bestanden, sämmtlich aufzuheben, und in jeder Hinsicht die Juden den Christen völlig gleichzustellen; daß die Motive dieses Gesetzes, soweit sie bekannt gemacht sind, noch weniger hierüber Zweifel lassen;

Daß demnach noch zu erwägen bleibt, ob jenes Gesetz auch solche Scheine berühre, welche vor dem Gesetze vom 23. Juli 1847 ausgestellt sind;

Daß das Dekret, indem es in Art. 4 die gedachte Vermuthung aufstellte, wie erwähnt, das vorläufig als erwiesen annahm, was sonst der Schuldner hätte beweisen müssen; daß nach Art. 1352 der Letztere sonach von jedwedem Beweise befreit war; und deshalb im Vertrauen darauf sich nicht veranlaßt halten durfte, sich nach Beweisen umzusehen, wenngleich damals zur Zeit der Verbriefung der Schuld es ohne Schwierigkeit gewesen wäre, dergleichen aufzufinden und bereit zu halten;

Daß andererseits die Vermuthung, welche der Art. 4 enthält, auf dem Unterstellen von Thatsachen, von Handlungen, beruht, die beim Abschließen des Vertrags vorgefallen;

Daß aber das Geschehenseyn oder Nichtgeschehenseyn von Handlungen in Betreff der Geschäfte, die in der Vergangenheit liegen, selbstredend nicht von der Bestimmung jetzt ergehender Gesetze abhängig seyn kann,*) und die Contrahenten gegenseitig das Recht haben, daß auch in der Zukunft das Geschäft mit allen Umständen, unter denen es zu Stande gebracht wurde, (oder, was dasselbe, von dem Gesetze als zu Stande gekommen vermuthet wird) und mit allen daraus für oder gegen seine Rechtsbeständigkeit hervorgehenden Folgen aufgefaßt und beurtheilt werde;

Merlin Rep. m. Effet rétroactif,**) Sect. III, §. III a. I, V, u. VI. Bergmann das Verbot der rückwirkenden Kraft der Gesetze, S. 130 u. flg.

---

*) Gesetzt in einem Prozesse hat der Debitor seine Liberation durch Zeugen bewiesen, und es erscheint vor definitiver Beendigung des Streites ein Gesetz, worin der Zeugen-Beweis nicht zulässig, muß der Debitor alsdann von neuem und anders beweisen?! Nein! conf. Nov. 115 Cap. 1.

**) Merlin l. c. n. III „la validité ou nullité intrinsèque d'un contrat depend de la loi du temps de sa passation."
— eod. p. 267 „Une loi qui abolit relativement aux contrats



Daß mithin in Anwendung des Gesetzes vom 23. Juli auf die billets, welche hier streitig sind, in der einen und der andern der erwähnten Hinsichten die Beklagte verletzt seyn würde;

Aus diesen Gründen

erklärt rc. rc. den auf Anstehen des Heinrich Hartog am 3. Dezember 1847 bei rc. angelegten Arrest für ungültig, weist die wider die Beklagten Weiß erhobene Klage als unbegründet ab unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten.

Landgericht zu Aachen. Sitzung vom 16. Februar 1848.

Der Art. 1132 B. G. B. enthält eine Rechtsvermuthung dafür, daß ein Schein, worin sich der Aussteller für eine gewisse Summe schuldig erklärt, und solche zu zahlen verspricht, eine gültige Causa habe.

Seite 133 der ersten Abtheilung dieses Bandes ist ein Urtheil des Kgl. A. G. H. in der Sache Aßmann gegen Rudloff, abgedruckt, welches den oben aufgestellten Grundsatz verneint, und demzufolge dem Inhaber des Schuldscheines den Beweis der Causa aufgelegt hat. Mit dieser Entscheidung kann man sich nicht wohl einverstanden erklären.

Wie sich die Meinungen über den Art. 1132 B. G. B. sowohl bei den Schriftstellern als in der Judicatur Frankreichs getrennt haben, zeigt die Note des code annoté von Gilbert zu diesem Artikel übersichtlich. Von der einen Seite wird behauptet, daß sobald auch ohne Ausdrückung eines rechtlichen Grundes oder einer Verbindlichkeit im Allgemeinen, eine Leistung versprochen worden, eine Causa unterstellt werden müsse, und es daher Sache des Ausstellers des Versprechens sey, zu beweisen, daß er wirklich ohne Verpflichtung dasselbe gegeben habe. Von der andern dagegen stellt man auf, es sey die Angabe der Causa in der Uebereinkunft, in dem Scheine, ungeachtet der Bestimmung des Art. 1132, erforderlich, und wo diese mangele, habe der Kläger aus dem Schuldscheine solche zur Begründung seiner Klage noch nebenhin darzuthun. Hierbei wird aber angenommen, daß die Angabe des speziellen Verpflichtungsgrundes nicht verlangt werden könne, vielmehr das Bekenntniß des Schuldigseins im Allgemeinen genüge, denn dieses liegt in der Annahme, durch die Worte: je reconnais devoir, sey die Causa hinreichend ausgedrückt, nicht aber durch die andern: je payerai. Deshalb ist man in Frankreich einstimmig der Ansicht, daß eine Willensäußerung der erstern Art den Beweis der nicht vorhandenen Causa auf den Aussteller wälze. Nur Zachariä, B. 2, §. 345, und die Herausgeber seines Handbuches in französischer Sprache Aubry und Rau, ibid. Not. 5, lehren, mit Rücksicht auf l. 25

---

des causes de resolution, qu'admettait une loi anterieure, est elle applicable aux contrats passés sous celle-ci?" etc. etc. Non „parceque les parties contractantes, en traitant sous l'empire d'une loi, sont causées en adopter toutes les dispositions relatives à la mutabilité ou à l'immutabilité de leurs engagements."

§. 4 dig. de probat. die Nothwendigkeit der Angabe des speciellen Verpflichtungsgrundes in der Urkunde, und die Beweislast des Inhabers derselben, wo solche fehlt; obgleich der Erstere selbst zu dem gedachten §. bemerkt, wie es zweifelhaft erscheine, ob die Causa in der Urkunde enthalten sey, wenn die oben angeführte Formel gebraucht worden. Nach seiner Theorie möchte dies aber nicht zweifelhaft seyn können, weil durch „je reconnais devoir" der Rechtsgrund der Schuld nicht ausgedrückt ist; und daß dieser im Schuldscheine enthalten sey, um die Beweislast auf den Aussteller zu schieben, verlangt er ja eben. Kann man jedoch mit Grund eine solche Entscheidung, wie sie auch das Urtheil angenommen, obgleich selbst im Schuldscheine das allgemeine Anerkenntniß einer Schuld enthalten war, aus dem Art. 1132 herleiten oder mit dessen Bestimmung verpaaren, wenn dem Eigenschaftsworte valable des Art. die ihm zukommende Bedeutung gegeben wird? Das Gesetz wird einem Schuldscheine nicht die Rechtsgültigkeit, valabilité, zusprechen, der nicht rechtsgültig ist; er ist es aber nicht, wenn in seiner Form und Fassung er den Anspruch zu begründen nicht geeignet erscheint, sondern hierzu noch eines anderweitigen Beweises bedarf, mit dessen Gelingen erst die Rechtsgültigkeit eintritt. Nimmt diese aber der Art. 1132 an, wenngleich die Causa im Scheine nicht ausgedrückt worden, nachdem der Art. 1131 festgestellt, daß ein Versprechen ohne gesetzlichen Verpflichtungsgrund wirkungslos sey, so folgt von selbst, daß der erstere eine Rechtsvermuthung für die Existenz einer gültigen Causa aufstellt, welche den Aussteller zu dem Beweise zwingt, daß er sich ohne rechtlichen Grund verbindlich gemacht habe. Die Rechtsvermuthung ist ja nach Art. 1350 diejenige, welche ein spezielles Gesetz mit gewissen Verhandlungen oder Thatsachen verbindet. Dieses geschieht nun im Art. 1132, indem er die im Schuldscheine nicht ausgedrückte Causa als eine gültige unterstellt.

Sehen wir indeß, ob dieser Artikel bei der Diskussion im Staatsrathe, dem er in ganz gleicher Fassung, wie er jetzt ist, vorlag, nicht in diesem Sinne verstanden und erklärt worden?

Im Prot. der Sitzung vom 11. Brumaire XII. heißt es:

le Cons. Bigot Préameneu explique le sens de l'article (1132): un citoyen reconnait devoir une somme sans énoncer la cause de sa dette; son obligation est *valable*, parceque la déclaration *qu'il doit*, fait *présumer* qu'il y a une cause; la volonté de s'engager a dû en effet être appuyée sur un motif; cependant, si reellement il n'y en a pas, il est admis à le prouver et à faire cesser la présomption.

Le Cons. Tronchet dit, qu'il y a beaucoup de cas où celui qui souscrit une obligation se borne à reconnaitre devoir. Tel est, par exemple, celui où l'obligation a pour cause une réstitution que le debiteur ne veut pas avouer publiquement. Alors on suppose qu'il y a une cause; car il n'est pas présumable qu'un homme se constitue debiteur, sans l'être en effet. Le défaut d'énonciation de la cause n'est pris en consideration, que quand l'obligé est mineur ou qu'étant majeur, il justifie qu'on l'a surpris et trompé.

Wie hat sich ferner der Erstere hierüber im Exposé des motifs ausgedrückt?

On ne peut pas présumer qu'une obligation soit sans cause, parceque la cause n'y est pas exprimée. Ainsi, lorsque par un

billet une personne déclare, qu'elle doit, elle reconnait par cela même qu'il y a une cause légitime de la dette, quoique cette cause n'en soit pas énoncée.

Der eigentliche Sinn des Art. 1132 ist hiernach wohl der, daß, wenn der Erklärung des Ausstellers des Scheines nach die versprochene Leistung als Folge einer Verbindlichkeit erscheint, eine Obligation also durch dieselbe feststeht, deren rechtliche causa zum Vortheil des Gläubigers zu unterstellen sey. Auf die gebrauchte Formel kann es nicht ankommen, sobald sie der Art ist, auf eine Verbindlichkeit zu schließen, die Absicht des Erklärenden an den Tag legt, sich als Schuldner zu bekennen.

Duranton, Dr. civ. tom. 10 nro. 355 und Andere finden auch noch eine Nothwendigkeit, den Beweis der Causa auf den Inhaber des Schuldscheines zu schieben, in dem Umstande, daß sonst der Aussteller zum Beweise einer Negative gezwungen werde, der ihm unmöglich seyn würde. Allein Duranton selbst stellt nro. 353 und 534 l. cit. die Behauptung auf, daß bei dem Gebrauche des Ausdrucks im Schuldscheine: „je reconnais devoir“ die Causa genugsam angegeben und der Aussteller deshalb gehalten sey, die Nichtexistenz einer solchen darzuthun. Weil indeß in diesem Falle eben so wenig als in dem, wo es im Scheine heißt: je promets payer à . . . . la somme, dann der spezielle Verpflichtungsgrund ausgedrückt ist, so würde sowohl in der einen als andern Unterstellung der Aussteller eine Negative, wie jener Schriftsteller sich solche bildet, nachzuweisen haben, nämlich, daß keines aller erdenklichen Obligationsverhältnisse bei der Ausstellung zum Grunde gelegen. Schon längst haben die Lehrer des römischen Rechtes die Irrigkeiten der Idee vom negativen Beweise nachgewiesen und dagegen den ganz richtigen Grundsatz aufgestellt: Wer im Prozesse etwas von den vorliegenden Umständen Abweichendes behauptet, affirmirt eine neue Thatsache und hat deshalb auch deren Beweis zu führen. Der Aussteller, der sich einmal verbindlich erklärt, und später einredet, es nicht zu seyn, behauptet ja auch eine solche Thatsache und affirmirt sie gegen den Inhalt der abgegebenen Erklärung.

Auch verhält sich die Wirklichkeit nicht so, wie Duranton und Andere sich den negativen Beweis bei der vorliegenden Frage denken; denn was hat der Aussteller zu beweisen? lediglich, daß der Schuldschein unter solchen Umständen entstanden ist, welche das Vorhandenseyn einer rechtlichen Causa ausschließen. Ein solcher Beweis kann ganz füglich geliefert werden, wenn dem Excipienten hierzu die erforlichen Materialien zu Gebote stehen.

Ueber das Gesagte sehe man auch die neuern Schriftsteller, Taulier, théorie rais. du cod. civ. Bd. 4 S. 286. Bonnier, traité des. preuv. S. 23 und 528 u. flgd. Mercadé, explicat. du cod. civ. ad art. 1315.

Noch ein Wort über die Bedeutung und Wirkung, welche das B. G. B. dem Ausdrucke „valable“ in Bezug auf Rechtsgeschäfte beilegt. Hier können die Art. 467, 948, 970, 1325, 1338, 2129 und 2132 zum Beispiel dienen. Sie lehren alle, wie das Rechtsgeschäft nach Form oder Inhalt Alles beweist, was es soll, sobald die Bedingung erfüllt ist, von der es abhängig gemacht wird, daß es valable sey. Nirgend ist alsdann bezüglich dieser Bedingung selbst noch ein Supplementar-Beweis zu liefern. Ein gleiches muß daher von dem Art. 1132 angenommen werden, wenn dieser einen Schuldschein für valable erklärt, wenngleich die Causa darin nicht angegeben ist.



